
HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 771 430



SPIEGAZIONE STORICA

DELLE

ISTITUZIONI

DELL'IMPERATORE GIUSTINIANO

COL TESTO, LA TRADUZIONE, E LE SPIEGAZIONI SOTTO CIASCUN PARAGRAFO

PRECEDUTA

Da una esposizione generale del diritto romano

Secondo i testi anticamente conosciuti, o più recentemente scoverti

DEL SIG. ORTOLAN

Professore della facoltà di diritto di Parigi

SECONDA EDIZIONE ITALIANA

ESEGUITA DALL' AVV. NICCOLA LONGO-MANCINI

SULLA QUINTA ED ULTIMA EDIZIONE DI PARIGI

Riveduta e notevolmente ampliata dall' Autore.

VOLUME PRIMO

NAPOLI

STABILIMENTO TIPOGRAFICO DI P. ANDROSIO

Strada Banchi Nuovi n. 13 p. p.

1856

ForTy

O

PROGRAMMA

DELLA

PRESENTE EDIZIONE NAPOLITANA

Oggidì non si muove più dubbio circa la utilità o inutilità dello studio del diritto romano per chi attende alla coltura delle scienze legali.

Una consuetudine troppo pedissequa, dalla quale non sapevamo, e forse non sappiamo tuttavia dissoggettarci, di continuare anche sotto l'impero delle nuove leggi a risolvere le quistioni forensi, e provvedere ne' casi giudiziarii co' testi di Giustiniano (dappoichè fin nelle cose intellettuali gli uomini son dominati dalle abitudini); una siffatta consuetudine, divenuta eccessiva per l'azione diretta e talvolta arbitraria, che la legislazione antica veniva in tal guisa ad esercitare su' bisogni civili delle società moderne, avea dato luogo anni dietro ad una specie di reazione contro il Romano Diritto.

E, come da una reazione aspettar si dovea, si spinse essa tant' oltre, da voler bandire dalle Corti e dalle scuole ogni ricerca di principii, ed ogni qualunque applicazione di teorie attinte da quel gran deposito di legali dottrine, sostenendo come principio di ragione: che noi dobbiamo uniformarci alle disposizioni di leggi vigenti, non di quelle abolite; e che le leggi nostre per essere applicate, han bisogno della interpetrazione logica, non della dottrinale.

Questo principio, quantunque sia non tutto falso; e neppur tutto vero, perchè la sola interpetrazione logica non può mai bastare per spiegare bene ed eseguir con esattezza una legge qualunque; esso poi non basta, nè può essere ragion determinante per eliminare dalla nostra istruzione lo studio del diritto romano nell' interesse della scienza: dappoichè per comprendere la genesi delle leggi nostre, e ben applicarle, non cessa il bisogno di dover studiare nel diritto antico le norme permanenti della giurisprudenza, e il progressivo andamento delle istituzioni moderne.

Ciò posto, ogni scienza ha la sua parte storica, che bisogna apprendere dapprima, per conoscere come la scienza si formi, come gradatamente siasi andata ampliando, e come ogni sua parte sia nata all' occasione di un bisogno umano: non si possiede intera quella scienza, di cui non se ne conosca l'istoria; poichè non se ne saprà mai scorgere bene nè la sua primitiva destinazione, nè il suo vero punto di applicazione: alla stessa guisa che non

si potrà giudicar mai con giustizia in una controversia forense, se non si acquisti piena conoscenza de' fatti cui quella abbia dato luogo.

Ora, la storia della scienza legale, per la civiltà moderna, è tutta racchiusa nella legislazione romana; questa è sola nel mondo antico, perchè altre non ve ne sono apparse, da poterle stare a paro; quindi essa sola ricopre il passato e l' avvenire: i suoi fatti sono gli undici secoli in cui si è andata formando dalla fondazione di Roma sino a Giustiniano, e le fasi che ha subìte ne' tredici secoli posteriori da questo Imperatore sino a noi; dappoichè si rende anche importante il conoscere questo suo compimento storico.

È certo, che anche sotto l' impero della nostra legislazione, il tecnicismo dell' arte, i mezzi tradizionali della giureprudenza, il linguaggio non dirò delle scuole ma anche il forense, le teoriche delle disposizioni, le regole d' interpetrazione, le norme di applicazione, il modo di ridurre a casi speciali le disposizioni generiche, le formole, gli aforismi, le sentenze, cose tutte senza le quali vien meno l' esercizio delle leggi, sono quelle del diritto romano.

V' è dippiù; che anche la legislazione moderna rinvia a quelle leggi e le ritiene in vigore, per quelle cose che in essa non sono contemplate.

Da ultimo non è men certo: che non vi è materia, non rubrica della nostra legislazione, la quale non si trovi trattata in più ampie dimenzioni nella legislazione romana; che il modo di contemplare tutta la materia del diritto sotto il riguardo delle persone delle cose e delle azioni, è lo stesso; e se si scenderà ne' particolari dello stato delle persone, delle modificazioni delle cose, e dei modi co' quali la proprietà si acquista o si perde, si vedrà, che niuna disposizione è nuova, ma soltanto fusa, espurgata, riformata, e tutto al più semplificata sovente, e resa men diffusa. Ed anche nel sistema penale, reso presso di noi più mite, le teoriche, taciute nel nostro codice, sono da attingersi da quel diritto (1).

Di modo chè potrassi senza tema di andare errati affermare, che la legislazione moderna non è che una riproduzione della legislazione antica sotto altra forma,

La forma adunque è diversa, ma la sostanza è la stessa. E quella scienza, quelle istituzioni, quelle leggi formano la base di ogni reggimento e civile istituzione presso di noi.

Potrebbero esse non dover conoscersi per principii? anche perchè, come abbiam detto, serbano oggidi la lor parte di legislazione vigente?

Con ciò non intendiamo di sostenere, che le società moderne siano costituite sulle basi delle antiche; e che lo spirito della nostra legislazione abbia avuto lo stesso soffio ispiratore, che informò la legislazione romana. Noi abbiamo esposte altrove le nostre idee sopra questo proposito, per determinare il vero spirito della nuova legislazione, il suo piano, l'andamento della giurisprudenza, e il vero senso della interpetrazione storica e della filosofia (2).

Ma se l' elemento cristiano è quello che determina l' indole della civiltà moderna, questo elemento si era già formato ai tempi di Giusti-

(1) V. ne'miei *Scritti Scientifici e Letterarii.— Riflessioni sul vero spirito della legislazione moderna. Parte penale.* — E *Pensieri Nomotetici sulla misura delle pene ec.* Napoli 1851.

(2) Questi scritti furono pubblicati nel 1851 sulla nostra Gazzetta de' Tribunali e riprodotti sulla Gazzetta de' Tribunali di Milano e sulla Temi Toscana di Firenze. Or si trovano riuniti nel 2.° volume de' miei *Scritti Scientifici e Letterarii* —V. anche Gigli nelle sue note al Demande.

niano ; ed è su questo appunto ch'ei cercò di modellare un sistema compiuto di istituzioni legislative pubbliche e private. (1)

Diremmo come questo diritto imperituro della Città eterna, abbia sempre camminato pari passo con ogni civiltà, e ne sia stato anzi la guida e l'incitamento, ovunque abbia potuto penetrare, e in tutti què tempi in cui sia ricomparso; se non sapessimo di non dir| cose nuove.

Non possiam tenerci però dal ricordare; come non è la prima volta che il diritto giustinianeo abbia incontrato delle opposizioni. Quando, dopo il medio evo, il lume del sapere cominciava a risorgere in Europa; mentre Irnerio insegnava le Pandette a Bologna, e Alciati e Cujacio in Francia davan opera ad autenticare gli altri testi, sorgeva una scuola di giurisprudenda così detta classica, la quale rimproverava a Triboniano, principal redattore della compilazione giustinianea, di aver sbranati, mutilati, e spesso interpolati gli scritti preziosi de' giureconsulti dell'antica Roma (2); e taluni si spingevano a censurar anche questi.

Gaudenzio Paganini in Italia, e Otman in Francia scrissero in questo senso nel 16mo e 17mo secolo, il primo una dissertazione inserita nel *Thesaurus Meermanni*, il secondo il suo *anti-Triboniano*, per corteggiare le tendenze del Cancelliere de L'Hopitâl; libri, che forse sarebbero oggidì del tutto dimenticati, se non avessero destata la curiosità di Gibbon, di Troplong, e di altri dotti. Il presidente Favre e Montesquieu hanno anch' essi apportate delle critiche all' opera di Giustiniano.

Ma dopo siffatte censure, le quali si riducono a notar difetti puramente di metodo e di forma esterna, e ad avversar quelle disposizioni, che sapeano ancora di paganesimo, e della fierezza de' primitivi Quiriti; quell'opera è ritornata sempre più in estimazione presso tutti; ha richiamato lo studio de' più illustri contemporanei, come Toullier, Savigny, Nieburh, Troplong, Ducaurroy, Puctha, Burchard...; è tesoro di dottrine; e resta come monumento di sapienza tra la civiltà antica e l'incivilimento moderno, fra le generazioni de' secoli passati, e quelle dell' êra che succede. Ed io quì esclamerò col principe degli oratori Napolitani: « Roma guerriera cadde: Roma legislativa regna ancora!! » (3).

È forza di autorità e di ragione adunque, il dedurre da quanto siamo andati finora esponendo e considerando, ed è anche consentimento dell' universale, che per bene istituire la gioventù nella scienza del diritto, bisogna manodurla con una istituzione elementare del Diritto Romano.

II.

Fino ad Einnecio non vi era stato ancora, chi meglio di questo universal precettore della Germania avesse saputo formolare un corso d'Istituzioni elementari di diritto romano: serbando ei rigore tale di metodo ideologico, da ridurre a regole generali tutte le disposizioni di quel diritto, sparsamente attinte dall'intero corpo della com-

(1) Vedi la dissertazione di Troplong: *Dell'Influenza del Cristianesimo sul diritto civile dei Romani* — Stampata in Napoli nel 1845.

(2) Le Pandette ed il Codice non sono che un complesso di frammenti spezzati, tolti dalle opere di Ulpiano, Papiniano, Gajo, Paolo, Modestino, Giavoleno, Africano, e raccolti sotto ciascuna materia.

(3) Così chiudea MariniSerra una sua arringa fatta innanzi la 1. Camera della Gran Corte Criminale di Napoli nel 1844-45 nella così detta famosa causa del *Campo*.

pilazione giustinianea; e quasi come in un quadro prospettivo e simmetrico, presentarle ordinatamente riunite sotto ciascuna materia.

Ma dopo la scoverta de' Commentarii di Gaio, avvenuta segnatamente per le dotte elucubrazioni del Nieburh e del Savigny, e de' frammenti rinvenuti nella biblioteca vaticana dall'infatigabile Cardinal Maj, non che di altri antichi documenti; e dacchè la scuola filosofica imprese a portare una spiegazione più razionale su' testi scoverti, e su que' preesistenti; cominciò a sentirsi il bisogno di arricchir con le nuove vedute anche gl' insegnamenti delle scuole.

Molti che han dato opera a cosiffatto divisamento, per lo più si sono allontanati dal testo, e dall'antico metodo, e non han fatto che produrre un sistema di dottrine legislative; le quali sono riuscite elevate sì, ma infruttuose nell' applicazione, perchè o soverchie, o soverchiamente astratte, per coordinarsi sensibilmente nel pensiero degli adolescenti. Ed a questo proposito, l' opera di Puctha, che è da valutarsi come la più solida, è da aversi non meno come un trattato di legislazione antica piuttosto, che come una istituzione per insegnamento.

Oggidì è ormai conosciuto, che quegli, il quale più opportunamente di ogni altro abbia saputo trattar questa branca di scienza, è stato Ortolan; autor vivente, che con tanto successo spiega leggi da più tempo nella facoltà di Parigi, e che riunisce tutti i numeri per esser dall' universale riputato pubblicista insigne, e principe fra' romanisti scrittori.

Nell' opera che presentiamo al pubblico, nulla manca de' pregi dell' antica e della nuova scuola, della storica e della filosofia: dappoichè l' autore senza disconoscere il metodo einneciano, che chiameremo sinottico ed assiomatico, anzi facendolo più ricco di testi e più fecondo di conseguenze, lo ha elevato ad un criterio generale di verità legali; e lo ha posto a livello di quelle vedute universali, che costituiscono i principii fondamentali della legislazione antica, e danno a divedere la suprema ragione di quei reggimenti di stati, e civili istituzioni.

E per comprendere in un detto solo il proposito della medesima, diremo, che Ortolan ha spiegato le Istituzioni di Giustiniano col metodo storico, e col ragionamento filosofico: del qual complesso, la più vantaggiosa particolarità è quella di aver ei eseguito il suo lavoro sul testo istesso di Giustiniano: dappoichè chi studia il diritto romano ne vuol conoscere l' opera originale.

Pubblicata sin da più anni la sua opera, egli è andato sempre immegliandola per quattro successive edizioni, finchè con la quinta edizione compiuta ultimamente in Parigi, può dirsi che le abbia dato l' ultima mano: avendovi apportato notevoli cangiamenti ed aggiunzioni; introdotte nuove rubriche e classificazioni; ravvisati rapporti novelli e più lontani; dedotte ulteriori conseguenze; ed avendola infine accresciuta più copiosamente di altri testi, e di più svariati documenti. (Nel catalogo posto quì sotto, sono specificamente indicati i luoghi dell' opera, ove si trovano le principali di queste innovazioni.)

Di modo chè la giusta estimazione in che l' opera suddetta si è sempre mantenuta, essendo stata ovunque tradotta e ristampata, ora è venuta ad acquistar maggiore importanza, pel profitto maggiore, che

il rinvenimento delle nuove idee recar deve agli studiosi.

Per lo che scorgendo il bisogno di propagare anche tra noi quest'ultima edizione francese; e col renderne più tenue il costo, facilitarne l'acquistato ai giovani, per così poter essere più generalmente adottata nelle scuole; ne abbiam curata la versione da servire alla presente edizione, nella quale si è cercato di congiungere la decenza alla economia; venendo essa a costare la metà di meno di quanto importa l'opera originale, senza che per questo possa dirsi inelegante o ordinaria.

Principal dovere che ci siamo imposti nella esecuzione del lavoro, è stato quello di riprodurre esattamente, e seguire con tanta fedeltà l'originale, da far che nulla sia omesso, o raccorciato, o alterato, di quanto in quello si trovi o ritenuto o modificato o aggiunto; sicchè possiamo assicurare ognuno, che non voglia assicurarsene ei stesso con un confronto, che la presente edizione è riuscita completissima.

E per meglio serbare una tal fedeltà, abbiamo talvolta fatto il sacrificio di qualche ripetizione nella traduzione del testo latino, e abbiam cercato di farci il più che sia stato possibile traduttori del traduttor francese, per render meglio la idea del nostro autore, e non stemperarla nella nostra: dappoichè in fatto di opere traslate l'unica guida e l'unica meta a raggiungere, è il pensiero dell'autore.

L'opera è divisa in due volumi come nella edizione francese. Della Esposizione Generale del diritto romano posta in fronte del primo volume, nella quale si trova esposta come in un quadro generale tutta la materia di esso diritto, Ortolan istesso ne dà ragione nella sua prefazione che trovasi quì appresso.

Da ultimo siccome la storia del Diritto Romano dello stesso Autore fu scritta da lui in ristretto, per servire allo studio di questo Corso di Istituzioni, e della quale si sono parimenti esaurite ben quattro edizioni sinora in Francia; così si è riconosciuto il bisogno di pubblicare anche questa a compimento della presente edizione; e formerà essa un altro volumetto staccato.

III.

Il proposito di Ortolan, in aver elucubrato questo suo corso elementare sul testo istesso delle istituzioni di Giustiniano, è commendevole sotto un ultimo punto di veduta; che è quello che ci resta ad accennare per nostra conclusione.

Essendo questo libro diretto a chi s'inizia nella scienza delle leggi, non sarà intempestiva notizia quella di far sapere, che l'intero corpo del diritto di Giustiniano è composto delle Istituzioni, le Pandette, il Codice, e le Novelle. Esse furon tutte promulgate verso il cominciar del secolo sesto dell'èra volgare, propriamente nel 533 e 534 in Costantinopoli (1).

Le Pandette in 50 Libri e il Codice (detto *repetitae praelectionis*, perchè pubblicato nel 528, fu riveduto, ampliato e ripubblicato nel 534 in 12 libri), che sono, come abbiam detto innanzi, un florilegio delle opere de' più insigni giureconsulti dell'epoca più fiorente di Roma, furono redatte nella lor lingua originale latina.

E come dice Gotofredo, Giustiniano volle, che fossero spiegate nelle scuole greche, e in quelle d'Asia, anche in latino, che egli chiama lingua patria, poichè in quel tempo in

(1) Ortolan *Istor. del diritt. rom.* N. 97 e seg.

tutta Grecia si parlava l'idioma del Lazio; e che in Latino i magistrati rendessero i lor responsi. (1)

Ma questo modo di redazione, se ci ha conservato le reliquie di quei scritti preziosi, e veramente insuperabili di sapienza e di dettato legale, che altrimenti sarebbero andati perduti colle opere da cui fûr tratte, contiene un vizio di metodo, quello maggiormente rimproverato a Triboniano da' suoi avversarii, di non avere uno stile uniforme e seguito, in cui le idee si succedano con ordine e con tal nesso, che le disposizioni derivino l'una dall' altra (2).

Le Novelle sono una raccolta di editti e costituzioni originali promulgate in greco (3), ed in latino da Giustiniano, e dagli Imperadori precedenti, e dopo la morte di lui, tradotte e pubblicate in latino in un sol corpo, che presero il nome di autentiche, e son quelle che vanno nel corpo del diritto Giustinianeo. Quindi neppur queste contengono un sistema ordinato e compiuto di materia legislativa.

Le sole Istituzioni, può dirsi, che siano l'opera veramente originale; poichè modellate, esse su' comentarii di Gaio, e dando la vera cognizione ed intelligenza di quanto si contiene nell'intero corpo di quel diritto, racchiudono metodo istituzioni e legislazione. Ora trattandosi di una legislazione che restò a quel punto, nessuno meglio del legislatore istesso poteva formolarne un corso compiuto, in cui se ne avessero tutti gli elementi ordinatamente esposti, e con metodo scientifico. Giustiniano stesso lo dice: il quale nel conchiudere di aver compiuta un'opera, che niuno *avrebbe osato sperare*, parlando di tutta la compilazione; venendo al proposito delle Istituzioni, così parla alla gioventù greca e latina: —*ut liceat vobis prima legum cunabula, non ab antiquis fabulis discere, sed ab imperiali splendore appetere; et tam aures, quam animi vestri nihil inutile, nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis accipiant; et quod priore tempore vix post quadriennium prioribus contigebat, ut tunc constitutiones imperatorias legerent, hoc vos a primordio ingrediamini.* (*Inst. Proem.* § *3.*)

Comporre una istituzione di diritto è un concetto vivente, che si riproduce e si trasforma sempre sotto il rapporto dell'attualità. Ma un diritto che non è più vivente, si risolve in un concetto storico; quindi il più accorto divisamento si è quello di spiegarne i testi.

È questa la ragione per la quale quasi tutte le opere scritte, e che si scrivono in questo genere, van lungi da tal proposito, e non raggiun-

(1) *Hoc tamen triplex opus, quod ex latinis auctoribus haustum, latine se vivo edi curavit, praecepitque ubique doceri.... Et ut opus latine scriptum extabat, ita latina, non vernacula in Greciae, Asiaeque scholis exponebatur, atque hoc tempore tota pene Grecia latine loquebatur. Neque abrogatum illud quod antea obtinebat, ut edicta, rescripta, decreta, nonnisi latine, etiam in provinciis proponi possent. l. decreta ff. de re jud., quod profectum erat ab illa lege P. R. ut Magistratus Grecis, ceterisque nonnisi latine responderent. Justinianus vocat* πατρωαν φωνην, *linguam patriam, adeo ut cum permisit jus graece verti, id ea lege permisit, ut* κατα ποδα, *verbum verbo redderetur, eoque consilio latina utebatur, ut omnes populi, qui quondam imperio Romano parebant, uterentur.* Gothofred., Historia jur. Rom. Chronologica, § 40.

(2) V. quel che ne opina Troplong nella dissertaz. citata, nota in fine, in cui conchiude a questo modo: « Alterare le opere de' grandi scrittori è senza dubbio un attentato letterario, e la storia del diritto può trovarsene impacciata. Ma se un metodo deplorevole condannava Triboniano a servirsi de' loro frammenti, non era d'uopo metterli di accordo con una giureprudenza novella, superiore a quella di cui essi erano stati gl' interpetri? E non val meglio, a questo riguardo, che i testi siano stati meno puri, e il diritto più equo? »

(3) V. Instituz. lib. III. § 3.

gono lo scopo dell'insegnamento: come quelli che scrivendo nella latina favella al presente, presumono di dar colorito di forza vivente ad una lingua che più non vive. Per la qual cosa, colpa del primordiale insegnamento, vediamo oggidì nel nostro Foro molti professarsi legali, e molto pochi esser quelli, che possono dirsi veramente istituiti.

Questa vera idea d'insegnamento testuale adunque, vagheggiata da pochissimi, tentata da Ducaurroy, è stata felicemente raggiunta nel presente libro da Ortolan.

Per terminare intanto con tutta la collezione delle leggi di Giustiniano, alle quali non è da non professar grandissima considerazione, come quelle che son la fonte universale, da cui è attinta anche la materia delle Istituzioni, diremo, che queste leggi perdurarono in Oriente più lungo tempo che in Occidente: ma quando il giogo Maomettano assiso sul trono de'Cesari in Costantinopoli, spense la civiltà in Oriente, in Occidente, cominciate a ricomparir nel medio èvo, quasi tutti popoli dell'Europa si ressero con quel diritto scritto, e le leggi patrie e consuetudinarie de' diversi Stati non sono per lo più che una derivazione di esso.

Quindi abbiamo noi le leggi Longobarde, le Costituzioni degl' Imperatori Alemanni, le decretali, le prammatiche, ed altre leggi de' Re Normanni, Svevi, Angioini, e Aragonesi; ma tutte queste, che costituiscono ciò che chiamasi diritto del regno, non sono state per lo più che una parte sussidiaria del diritto romano. Di modo che il diritto fondamentale in Europa fino ai nostri giorni può dirsi che sia stato questo; e continua ad esserlo tuttavia in molte parti della Germania, ed in altri Stati ancora (1).

Le speranze adunque di Giustiniano di aver compiuta un' opera imperitura, non andiedero perdute; e non eran senza fondamento: dappoichè i grandi ingegni hanno la coscienza della propria superiorità!

Al cominciar di questo secolo fu proclamato in Francia il Codice Napoleone; nel regno di Napoli, al 1809. D'allora cessò tra noi di aver vigore il Diritto Romano: la nuova legislazione subentrò in luogo dell'antica!!

Napoli Settembre 1856.

(1) La più divulgata collezione del diritto romano è quella di Gotofredo, conosciuta sotto il titolo di *Corpus Juris Civilis Romani*, e da lui corredata di accuratissime annotazioni. Ortolan cita spesso quella de' soli testi di Blondeau. L'edizione di Gebaueri e Spangenberg fatta in Gottinga nel 1797 anche de'soli testi contiene pure il testo greco di alcune costituzioni. Se ne possono indicare molte altre ancora.

CATALOGO

Delle principali innovazioni apportate dall'Autore nella quinta edizione francese.

ESPOSIZ. GENERAL. DEL DIRIT. ROM.

Num. 1. — Idea del diritto. Nozioni costitutive —Aggiunzione con note.
N.° 10. — Nota : *Questa sinonimia*.
N.° 76. — Idea del possesso—Aggiunzione con note.

LIB. I.

TIT. X. — Delle nozze — Al preliminare.
TIT. XXI.— Autorizzazione dei tutori. Sulla parola *auctor* —Aggiunzione con note e nuovi testi.

LIB. II.

TIT. I. — Divisione delle cose. Proprietà all'epoca delle XII. tavole. Nota
Id. § 17 Accessione.
TIT. VII. — Delle donazioni. Introduzione.
Id. § 1. Donazioni a causa di morte.
Id. § 2. Donazioni tra vivi.
TIT. XX. — § 3. Al proposito della regola catoniana.

LIB. III.

TIT. II. — Legittima successione degli agnati § 8. Successione de' gentili
Id. Id. — Appresso
TIT. XIV. — Contratti formati per la cosa. Paragrafo preliminare.
Ivi. § 3.
TIT. XXVI.— Del mandato. § 13. de' patti.
Id. Id. — Sul mandato.
Id. Id. — Convenzioni proibite. — *Rubrica nuova.*
TIT. XXVII— In fine— Messa in mora , *id.*
TIT. XXIX.— Scioglimento delle obbligazioni — Paragrafo preliminare.
Id. § 4.
Ivi Interessi (*usura*)—*Rubrica nuova*

Corrispondenti aggiunzioni al Reassunto

LIB. IV.

TIT. V. — In fin.— Origine delle obbligazioni naturali.
TIT. VI. — Delle Azioni. § 7.
Id. § 20.
Id. § 39.
TIT. VIII. — § 6.
TIT. XVII. — § 7.

PREFAZIONE DELL'AUTORE

Quest' opera pubblicata per la prima volta nel 1827, è stata concepita e scritta sotto un pensiere dominante, l'introduzione della storia nello studio del dritto.

A quell' epoca la scuola storica, che or comincia a sorgere e propagarsi con successo, segnatamente nella novella generazione de' nostri giureconsulti, non era ancor nata.

I lavori positivi che in questo ramo son dovuti ai signori Pardessu, Beugnot, Troplong, Giraud, Klimrath, Laboulaye, Laferriére, e qualche altro, non erano ancor comparsi; e nella nostra facoltà non avevamo neppure una sola cattedra di istoria di diritto. Io non mancava, anche nel 1828, per l'organo della stampa, di richiamar l'attenzione del governo su questa lacuna, e cercar di promuovere la fondazione di cosiffatto insegnamento (1).

In questa direzione di studî, il diritto romano è il primo, e il più vasto monumento che si presenta.

Un tal diritto più che qualunque altro, è quello che richiama l' applicazione del metodo storico; ed in Francia più che altrove; poichè quì la legislazione romana è una legislazione estinta : ora delle cose estinte che resta mai? Non altro che l'istoria.

Ma l'i storia delle istituzioni non deve rimanere a mezzo il suo corso.

Fa d'uopo non obliare, che fra il diritto romano giustinianeo ed il nostro Codice Civile s'interpongono tredici secoli, e tutta la nostra creazione nazionale.

Seguir dunque conviene la serie de'tempi, assistere a quel che Vico chiama ritorno della barbarie (*i tempi barbari ritornati; la barbaria secunda*); al seguito e allato del diritto romano mettere il diritto barbaro, il diritto feudale, il consuetudinario, l' ecclesiastico, quello della monarchia che si forma, elementi spesso sì pittoreschi; e dalla lor combinazione, dedurre la generazione del nostro diritto attuale.

L' esposizione del diritto romano per noi non è che un punto di partenza per arrivare al diritto francese. Unicamente sotto questo aspetto io ho presentata sin dal principio, l' opera di cui vengo quì a pubblicar la quinta edizione; e desidero che si voglia non altrimenti considerarla.

Non è questa la forma in che avrei voluto presentarlo. Ma to ho dovuto dare maggior luogo al commentario; poichè il comento ha il gran merito di seguire il testo più da vicino; ed in fatto di storia e di legislazione imperante il testo forma l'autorità.

Ma al fianco di questo principio dell'autorità, bisogna allogarne un altro, quello della ragione, in altri termini la scienza, la filosofia, come vorrem chiamarla. Il commentario tuttochè pedissequo, non saprebbe dare una soddisfazione intera a questo secondo principio.

Non pertanto io ho creduto dovermi attenere a tal forma anche per un'altro più forte motivo: quella cioè, che il commentario è l'insegnamento pressocchè officiale nelle nostre facoltà; e noi sappiamo per esperienza, che per far arrivare i giovani a penetrarsi delle idee che si vogliono in essi diffondere, bisogna loro presentarle rivestite d' una utilità pratica pel corso de'loro studii scolastici.

A siffatta considerazione altra se ne aggiunge; ed è che per le legislazioni morte il comentario si rende men difficoltoso. Se nella scienza generale si deve por-

(1) Articolo inserito nel 1828 nel *Journal de l'Instruction publique*, sotto questo titolo: *De l'enseignement du Droit romain, e de l'ancienne legislation françaisе;* publicato in seguito in un opuscolo nel quale io sviluppava, per ipotesi, il piano d'un *Corso di studî storici di legislazione*, con la indicazione de'monumenti, e delle fonti di esso fino al nostro diritto attuale. La cattedra d'Istoria del diritto romano e diritto francese nella facoltà di Parigi, la sola di tal natura che esista in Francia, non fu istallata che con ordinanza del 26 marzo 1829.

re la ragione prima dell' autorità, la filosofia del diritto innanzi alla storia di esso; non avviene lo stesso trattandosi di un diritto che non è più vigente. Quivi predomina lo studio istorico: poichè non si deve ricercar ciò che dovea essere, ma ciò che è stato.

Del rimanente vedrassi, con quali mezzi, senza mai alterare il monumento nè nel suo contenuto nè nel suo ordine, io mi sono forzato di colmare le lacune, e porre in regola la concatenazione delle idee. Il reassunto che ho posto alla fine di ciascuna materia, la cui estensione ho considerevolmente aggrandita in questa quinta edizione, mi han molto agevolato in questo scopo.

All'altra direzione di studii, e soltanto in segno di tendenza, ho dedicata la *Esposizione Generale del diritto rom.*, concetto complessivo di deduzioni più filosofiche, in cui ho cercato di dar risalto a quel che si rende notevole come tratto originale di esso diritto: cosa che deve fortemente imprimersi nello spirito degli allievi.

È questa una specie di iniziativa, una introduzione metodica e generale: io l'ho pubblicata per servire al diritto penale: ora la fo servire al diritto romano; mentre attendea a riportarla nell' enciclopedia della scienza.

Nulla avrei ad aggiungere a questa prefazione scritta per le precedenti edizioni; se non avessi a deplorar la perdita di un uomo a cui tanto debbono gli studî del diritto romano, quella del nostro collega M. Du Caurroy. Egli è trapassato prematuramente, nel punto di aver dato l'ultima mano ed una nuova edizione delle sue *Institutes expliquées*, e quando, unitamente ai due collaboratori che si avea scelti, terminava il secondo volume della sua opera sul Codice civile. Le sue fatiche resteranno qual monumento nella scienza. Noi deploriamo in lui l' uomo del sapere e l'uomo virtuoso!

SPIEGAZIONE

DELLE PRINCIPALI ABBREVIATURE USATE NELLA CITAZIONE DE' TESTI

Gaï., *o semplicemente*, G. 2. 22.— *Gaio (Istituta), commentario 2. paragrafo 22.*

Ulp. Reg. 23. 26. *Regole d'Ulpiano (libro unico), titolo 23, paragr. 26.*

Ulp. instit.—*Frammento delle Istituzioni d'Ulpiano, tratto dal confronto dalle leggi di Mosè e delle leggi Romane, Tit. XV. (secondo un'altra divisione, XVI)*, de legitima successione §§ 5. 6. 7. 8. e 9.

Paul. sent. 3. 6. 17.—*Sentenze di Paolo, lib. 3. tit. 6. paragr. 17.*

Fragm. de Jur. fisc. § 1. *Frammento sui diritti del fisco attribuito al giureconsulto Paolo.*

Fragm. de manumissionibus § 1.— *Frammento sulle manomissioni che ci è stato tramandato da Dositeo; libro 3* interpretamentorum.

Cod. Theod. 8. 12. 8. § 1: Const. Honor. et Theodos.—*Codice Teodosiano, lib. 8. titolo 12. legge 8. paragrafo 1. costituzione d'Onorio e Teodosio.*

Vatic. J. R. Fragm. § 7.—*Frammenti del diritto Romano scoverti da M. Mai nella biblioteca del Vaticano, paragrafo 7.*

LL. Mosaic. et Rom. coll. 16. 4. —*Confronto delle leggi di Mosè e delle leggi Romane, titolo 16. paragrafo 4.*

Dig. o semplicemente D., 38. 7. 2. § 1. f. Ulp. —*Digesto, libro 38, titolo 7. legge 2. paragrafo 1. frammento d'Ulpiano*

Cod. o semplicemente C. 5. 17. 8. § 4. const. Theod. et Valent.— *Codice (di Giustiniano), libro 5. titolo 17. legge 8. paragrafo 4. costituzione di Teodosio e di Valentiniano.*

Inst. 3. 4. 2.—*Istituzioni (di Giustiniano) libro 3. titolo 4. paragrafo 2.*

Theoph. hic.— *Teofilo (sua parafrasi delle istituzioni) sotto questo paragrafo.*

ESPOSIZIONE GENERALE

DEL DIRITTO ROMANO

IDEA DI QUESTA ESPOSIZIONE (*)

Sua utilità

Non si creda che sia cosa superflua questo trattato preliminare; che io raccomando all'attenta esercitazione degli studiosi, pe' quali non ho dimenticato di aver preso a scrivere questo libro.

Per intraprendere lo studio del diritto romano, sono indispensabili talune idee generali; egualmente che per quello della legislazione francese, e di tutte le legislazioni.

Vedere il diritto nel suo assieme, la natura diversa delle materie di cui esso tratta, ed il loro reciproco concatenamento; infine iniziarsi nel suo linguaggio; ecco l'utile da ritrarne.

Tali esposizioni generali sono poco in uso presso noi, anzi aggiugnerei sono biasimate, ed intanto presso noi spezialmente non è possibile farne di meno.

In fatti il nostro metodo d'insegnamento è comunemente l'esegetico, quello cioè della spiegazione de'testi. Or gittate il giovine in questo studio a prima giunta, e senz'alcuna preparazione generale, egli fin dai primi testi di legge, si mette al contatto, e può abbattersi in tutte le materie, senza averne ancora alcuna idea.

In tal guisa nelle Istituzioni di Giustiniano, che formano in Francia l'obbietto speciale del nostro insegnamento sul diritto romano, e per conseguenza sono anche l'obbietto speciale della presente opera, fin dai suoi primi paragrafi si tratta di obbligazioni, di dominio, di possesso, di azioni, d'eccezioni, cose tutte, di cui lo scolaro non sa ancora una parola, e ne ignora compiutamente le relazioni.

Fate cominciar lo studio dalle idee generali, e tutto divien chiaro.

Suo spirito

Porremo per regola primordiale, che conviene studiare il diritto romano come dritto Romano, conservandogli sempre, ed esclu-

(*) Non senza ragione ho adottato questo titolo di Esposizione generale (*généralisation*). Le regole del diritto romano, sopra tutto nelle costituzioni imperiali, e ne' frammenti di giureprudenza sono per l'ordinario contenute in alcune particolari decisioni di diverse specie; laonde per estrarnele bisogna fare una vera operazione di renderle generali. Quest' operazione è molto più necessaria, quando si vogliono riassumere in stretti termini le vicende storiche della legislazione, e dare su ciascuna materia il pensiero generale di ciascun' epoca, come mi son provato di fare in questa introduzione. Io so bene per esperienza, che ciò che ho fatto in questo lavoro, è stato quasi sempre generalizzare.

Le origini, e le autorità trovandosi accuratamente indicate nel corpo dell'opere, a misura che ciascuna parte del diritto vi è specialmente trattata, mi sono per lo più astenuto di citarle in questa esposizione, per evitare le ripetizioni.

sivamente la sua figura, la sua lingua, il suo genio.

Esso è diritto morto; la mente che lo studia dee fare astrazione dal nostro tempo, per vivere nell'epoca, in cui questo ebbe vita, affin di discendere poi per la serie de'secoli, fino alla creazione del nostro attuale diritto.

Ciascun'epoca à la sua particolare impronta; non bisogna quindi mettere insieme elementi eterogenei; non trasportarvi le nostre idee moderne: allorchè ravvicineremo le une alle altre, il faremo solo per guardarci dalle false assimilazioni, e per fare rilevare il carattere distintivo di ciascuna società.

Ci asterremo di far uso di que'testi, o adagi, di quelle divisioni, distinzioni, o locuzioni, che tradizionalmente si son ricevute sul conto del diritto Romano; e che sono ad esso interamente straniere. Disgombreremo tutto questo fardello apocrifo; in una parola non gli attribuiremo nulla, che ad esso realmente non appartenga.

Il suo studio per noi è uno studio storico; e la prima condizione della storia è la verità.

Ordine di questa esposizione generale

In conseguenza di tale principio dominante, anche nell'esposizione delle idee generali, noi non saremo indipendenti. Infatti non si tratta di creare, o di ordinare un sistema a nostro talento, secondo lo spirito di analisi e di deduzione filosofica, che a noi sembri migliore, ma al contrario di conformarci alle idee Romane anche nelle generalità.

Noi al certo siamo più innanzi de'Romani relativamente al metodo. Si prendano i principali monumenti del loro diritto: le dodici tavole, di cui non conosciamo l'ordine che per congetture, l'editto del Pretore, il codice di Teodosio, ed il codice di Giustiniano; è ben difficile di scorgere in essi un buon metodo nella disposizione delle materie, o un ragionevole concatenamento fra esse (1). Quanto agli scritti de'loro grandi Giureconsulti, che il genio di Cujacio si sforzò di ricomporre, ci sono pervenuti in frammenti così sparsi, che non possiamo in alcun modo giudicare del sistema che predomina nell'assieme.

L'esposizione più unitaria del loro diritto, e che pare del resto essere stata tradizionale, è quella che trovasi indicata nelle Istituzioni di Gaio, seguita presso a poco nelle regole di Ulpiano, ed adottata nelle Istituzioni di Giustiniano; quella, cioè, che divide il diritto coerentemente al principio che esso si riferisce tutto alle persone, alle cose, o alle azioni (2).

Oltre a ciò, stabilito questo principio classificatore, la successione delle materie ne' loro particolari non si vede sempre ordinatamente seguita. E nel digesto la stessa regola trovasi riprodotta (3), senza che si abbia in seguito alcun riguardo per l'ulteriore distribuzione.

La scuola Alemanna moderna si è divisa su tal punto; alcuni seguono la divisione Romana, altri àn creduto dovervi sostituire una divisione più filosofica, più adatta alla genealogia delle idee, e ne hanno adottata una, che comunemente è in voga, salvo qualche variazione da un'autore all'altro (4).

Quest'ultimo sistema, nel quale per altro non si ritrova mai l'unità, ha il suo vantaggio, soprattutto ne'paesi, dove, come in Alemagna, non vi è codice nazionale, dove il diritto Romano forma la base della scienza legislativa vivente, dove è studiato come se fosse intimamente congiunto all'attualità.

Ma presso noi la tesi è ben differente: il diritto romano non à più vita; ed è questo il punto dal quale dobbiam partire: or nello studio di ogni legislazione morta, la storia dee predominare sulla filosofia. Cambiare la sua classificazione è lo stesso che toglierle qualche sua parte; dargli una creazione moderna è lo stesso che rivestirla di una forma, di un'apparenza esteriore, che ad essa non appartiene.

Noi rimarremo adunque fedeli al nostro principio istorico, senza attaccarci per altro d'una maniera così servile, da astenerci dal dar compimento alle idee, dal raccogliere insieme gli elementi simili, e dal proseguir le deduzioni. E sotto tal riguardo tanto maggior latitudine noi prenderemo nella nostra esposizione generale, in quantochè il resto della nostra opera è consacrato al testo delle Istituzioni; e d'altra parte il metodo filosofico, il quale apre lo studio con un quadro complessivo delle generalità della scienza, non appartiene neppur esso al diritto romano, ma è totalmente moderno. In ogni caso avremo cura di far notare ciò che non è altro se non il fatto del metodo, da ciò che è realmente proprio al diritto Romano.

(1) Lo stesso è nelle sentenze di Paolo.
(2) *Gai 1. § 8. — Instit. 1. 2. § 12.*
(3) *Dig. 1. 5. 1. f. Gai.*
(4) Vedi il Manuale di Mackeldey §§ 206 e 207 p. 135 e 136 della traduzione.

PARTE PRIMA

Del diritto e degli elementi che lo compongono

TITOLO PRELIMINARE — NOZIONI COSTITUTIVE

1. Idea del diritto.

Il diritto (*jus*), che nella sua prima statuizione era in Roma un ordine imperativo, duro (*jussum*), una formola tecnica e rigorosa, un mistero ed arme aristocratica, à preso poi pel progresso dell'incivilimento, e della scienza un carattere totalmente differente.

Secondo il suo studio divien generale, e passa dalla segreta iniziazione de' patrizî alla pubblicità plebea; che si unisce alla coltura delle lettere e della filosofia; che i nuovi costumi vi penetrano e lo modificano; che il magistrato co' suoi editti annuali incessantemente si adopera per addolcirlo; e che il sapiente co' suoi responsi, e con gli scritti lo va riducendo a scienza, esso subisce una metamorfosi radicale nel suo fondamentale principio.

Nell'epoca in cui l'opera è al suo più alto punto di splendore, quando questa bella creazione del diritto romano, soprannominato la ragione scritta, è già compiuta, il diritto non è più l'ordine inflessibile del pubblico potere, la regola imposta ed assoluta; il suo fondamento non è più l'autorità, ma la ragione; l'idea del diritto è divenuta eminentemente filosofica.

Nell'esposizione di quest'idea generale e di tutto ciò che vi à relazione, si può principalmente vedere, come i grandi giureconsulti romani avessero fondata la scienza del diritto su quella della filosofia (1).

Così il diritto, secondo Paolo, è ciò che è sempre equo, e buono: « *quod semper aequum est jus dicitur* (2). Secondo la definizione di Celso riportata da Ulpiano è l'arte di ciò che è buono ed equo: *jus est ars boni et aequi* (3). Il principio è sempre lo stesso.

Cosiffatte definizioni non hanno al certo tutta quella esattezza che noi abbiamo diritto di esigere oggidì dall'analisi metafisica: che è mai questo *buono*, questo *equo*? Si ridurrebbe ciò ad una mera sostituzione di vocaboli? (4) È indubitato che tutto ciò non presenta una nozione sufficiente della distinzione che passa tra la *scienza*, che è la cognizione delle verità primitive, e l'*arte* ch'è la collezione de' precetti dedotti dalla scienza, e dalla pratica. Tuttavia vi è sempre un cangiamento nel modo di intendere il diritto presso i romani giureconsulti: dappoichè al principio dell'autorità àn sostituito quello della ragione; e già Cicerone ne indicava la vera sorgente, allorchè diceva che per spiegare la natura del diritto, bisogna cercarla nella stessa natura umana (5).

Questo impero della ragione, del bene, e

(1) Cicerone comincia questo movimento in una maniera sensibile: « *Non ergo a Praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a XII tabulis, ut superiores* (così si fa dire da Attico), *sed penitus ex intima philosophia hauriendam juris disciplinam putas?* (De legib. l. 5.).

(2) *Dig. L. 1. de just. et jur. 11. f. Paul.* — Il giureconsulto applica questa definizione al dritto naturale: *ut est jus naturale*, egli aggiunge; e ad esso oppone il diritto civile, cioè a dire quello che in ciascuna città è utile a tutti, o al maggior numero: *quod omnibus, aut pluribus in quaque civitate utile est.* Così il principio dell'uno secondo questo giureconsulto è il bene, e l'equo; il principio dell'altro, è l'utilità.

(3) Ivi, 1. princ. fr. Ulp.

(4) La parola *diritto* non è altro che un concetto metafisico, che la nostra ragione deduce dalle relazioni che passano fra gli uomini, mediante le quali uno ha la facoltà di esigere dall'altro un'azione o una inazione. È *diritto* puramente razionale se tale necessità di azione o di inazione vien dimostrata colla sola ragione; si rende diritto positivo, buono o cattivo, se ci viene imposta, a ragione o a torto, dall'autorità: l'uno poggia sulla ragione, l'altro sul potere. Ma il diritto positivo in contraddizione del diritto razionale non è diritto vero.

(5) « *Natura enim juris nobis explicanda est, eaque ab hominis repetenda natura.* (Cicer. de legib. l. 5.) « *Nos ad justitiam esse natos, neque opinione sed natura constitutum esse jus* » (ibid.)

dell'equità, come dogma costituente del diritto, è riprodotto in un gran numero di frammenti de'giureconsulti romani, ed è passato per fino nelle costituzioni imperiali. Celso, Giuliano, Marcello, Paolo, Modestino, tutti invocano al bisogno il predominio della ragione del diritto, del *bonum et aequum* anche contro la regola positivamente stabilita (1); e più tardi gl'Imperadori Costantino e Licinio annunziano questo predominio come una dottrina incontrastabilmente ricevuta: *Placuit in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque, quam stricti juris rationem* (2).

Definito così il diritto come l'arte del bene e dell'equo, Ulpiano ne eleva la professione alla dignità di sacerdozio. « Perciocchè, egli dice, noi coltiviamo la giustizia, e la scienza del bene e dell'equità, separando il giusto dall'ingiusto, il lecito dall'illecito, desiderando di rendere gli uomini buoni non solo pel timor delle pene, ma ancora per l'incoraggiamento delle ricompense: vera e non simulata filosofia, se non m'inganno! (3)

E a quanta altezza ei non eleva l'onore e la delicata suscettività di questa professione? Perocchè se egli accorda ai retori, ai grammatici, ai geometri, ai medici ai professori di arti liberali un ricorso innanzi la giurisdizione straordinaria del Preside della provincia, per ottenere il pagamento de'loro onorarî, lo nega poi ai filosofi ed ai professori di diritto. Per verità la sapienza civile, cioè a dire la scienza del diritto è cosa santa, ma essa non dee per prezzo di danaro essere stimata nè invilita. Vi ha delle cose che quantunque onoratamente possono accettarsi, non possono decorosamente essere richieste (4).

Adunque il diritto (*jus*) sotto questo punto di vista filosofico de'romani giureconsulti, in un senso astratto e generale, è ciò che è sempre buono ed equo; in un senso collettivo come corpo di precetti e di dottrine, è l'arte di ciò che è buono ed equo.

Non faremo quì parola della divisione del diritto presso i Romani in *diritto pubblico; quod ad statum rei romanae spectat*, e in *diritto privato; quod ad singolorum utilitatem;* nè delle suddivisioni di questo; nè di quella classificazione filosofica perfettamente stabilita dalla giurisprudenza, e passata, almeno quanto ai suoi ultimi termini nella realtà della vita sociale: in diritto naturale, cioè, o comune a tutti gli esseri animati; diritto delle genti, o comune a tutti gli uomini; e in dritto civile, o esclusivamente proprio de'soli cittadini.

In seguito avremo a trattare di ciò seguendo il testo delle Istituzioni: basta ora di dire che in quest'opera si tratta principalmente del diritto privato.

2. Conseguenze immediate del diritto.

Dopo l'idea primitiva del diritto la progressione logica ne conduce all'idea delle sue immediate conseguenze: queste sono le facoltà e i vantaggi che esso conferisce. La frase adoperata per indicare siffatti vantaggi è la stessa parola *jus*, diritto, che in questo senso si usa frequentemente al plurale *jura* di diritti. Così in questo significato un diritto *jus* è la facoltà che uno ha di fare, di omettere, o di esigere qualche cosa. Nel primo senso esso è la causa, nel secondo l'effetto (5).

A tal proposito troviamo ancora presso i

(1) *Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias. (Dig. 1. 3. De leg. 14. f. Paul.) — In his quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris. (Ivi 15. fr. Julian.) — Nulla juris ratio, aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem. (Ivi 25. fr. Modestin.) —Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet. (Ivi 39 f. Cels.). In omnibus quidem, maxime tamen in jure aequitas spectanda sit. (Dig. 50, 17. de reg. jur. 90 f. Paul.) — Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est. (Ivi 183. f. Marcell.)* — E tanti altri frammenti, che a questi si potrebbero aggiungere.

(2) *Cod. 3. 1. de judic. 8· constit. Constant. et Licin.*

(3) *Jus est ars boni et aequi, cujus merito quis nos sacerdotes appellet. Justitiam namque colimus, et boni et aequi notitiam profitemur: aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes; bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes: veram, nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes. (Dig. L. 1. 1. §. 1. f. Ulp.)*

(4) §. 4. *An et philosophi professorum numero sint? et non putem: non quia non religiosa res est; sed quia hoc primum profiteri eos oportet; mercenariam operam spernere* — §. 5. *Proinde ne juris civilis quidem professoribus jus dicent: est quidem res sanctissima civilis sapientia; sed quae pretio nummario non sit aestimanda, nec dehonestanda, dum in judicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti offerri debuit; quaedam enim tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur. (Dig. 50. 13. 1. § 4: e 5. fr. Ulp.)*

(5) La scuola Alemanna dice pel primo caso, che la parola *jus* è presa in un senso obbiettivo, e pel secondo caso, in un senso soggettivo, cioè per rapporto al soggetto che gode della facoltà, o che è passibile dell'obbligazione risultante dal diritto.

giureconsulti romani la traccia d'un principio d'equità filosofica, ed è che non dee esser permesso ad alcuno di esercitare il suo diritto nel solo scopo di nuocere ad altrui, e senza avervi altronde alcuno interesse (1).

Posta l'idea del diritto in questi due principali significati come causa, e come effetto, passiamo ora agli elementi costitutivi della sua formazione.

3. Elementi costitutivi della formazione del diritto.

Questi elementi sono tre

1. Le persone (*personae*), cioè gli uomini, o gli esseri astratti, di pura creazione giuridica considerati come suscettivi di avere de'diritti o di riconoscerli in altrui;

2. Le cose (*res*), cioè tutti gli obbietti corporali, o gli obbietti astratti di pura creazione giuridica considerati come soltomessi o capaci di esser sottomessi ai bisogni, alle utilità, o ai piaceri dell'uomo, e suscettivi per conseguenza di formare l'obbietto de' diritti.

Il metodo romano avea distinto e classificato questi due primi elementi. (*Vedi sopra pag.* 2) Prima le persone, giacchè, dice Ermogeniano, tutti i diritti sono stabiliti per gli uomini (2); e poi le cose.

Ma quì si arrestò la deduzione; essa non è compiuta. Abbiamo certamente nelle persone il soggetto attivo, o passivo de'diritti, nelle cose l'obbietto de'dritti; ma il diritto non è ancora formato. Vi manca la causa efficiente, la causa generatrice, la causa che farà nascere, che trasmetterà dall'uno all'altro, che modificherà, che distruggerà i diritti. Cio costituisce il terzo elemento; eccolo:

3. Gli avvenimenti, i fatti, gli atti dell'uomo giuridici, o non giuridici: ciò che comprende l'idea di tempo, di luogo, della intenzione, della forma, cose tutte che entrano nella composizione degli avvenimenti, e degli atti umani.

Riunite e combinate queste tre idee; le persone, soggetto attivo, o passivo; le cose obbietto; e gli avvenimenti, i fatti, gli atti dell'uomo causa efficiente; e allora i diritti si generano, si trasmettono, si modificano, si estinguono.

Nella Giureprudenza romana continuamente s'incontra la nozione del fatto, l'esame e la valutazione degli avvenimenti, in quanto alla creazione ed alla modificazione dei diritti: non potea altramenti avvenire, perciocchè la natura stessa delle cose l'esige, ma l'idea non è svolta, classificata, e trattata metodicamente.

Questo particolareggiare, questo speciale svolgimento teorico è l'opera della moderna analisi. Esso è divenuto ordinario ne' metodi alemanni.

Conosciuti, ed indicati i tre elementi costitutivi del diritto, è mestieri dare alcune idee generali sopra ciascuno di essi.

TITOLO PRIMO — DELLE PERSONE

CAPITOLO I. — NOZIONI COSTITUTIVE

4. Idea delle persone.

Il vocabolo persona (*persona*) nel linguaggio del diritto non dinota come nel linguaggio volgare, l'uomo fisico (3).

Esso in diritto ha due significati;

Nel primo dinota qualunque essere considerato come capace di avere, e di dovere de'diritti; d'essere il soggetto attivo o passivo di essi.

Diciamo qualunque essere, perchè non vi son solo compresi gli uomini. Infatti la legge per la sua potenza d'astrazione crea delle persone, come vedremo che crea delle cose, che non esistono in natura. Così essa eleva a persone lo Stato, le città, le comunità, gli stabilimenti di beneficenza, o altri ed anche degli oggetti puramente materia-

(1) *Dig. 6. 1. 38. in fin. fr. Cels. — 39. 3. 1. §. fr. Ulp.*

(2) *Dig. 1. 5. 1. f. Gai e 2 fr. Hermogenian.*

(3) Vedetela non pertanto adoperata in questo senso da Ulpiano: *Dig. 50. 17. 22. f. Ulp.*

li, come il fisco, l'eredità giacente: perchè essa ne fa degli esseri capaci di avere e di *dovere* de'diritti.

In senso inverso non ogni uomo è persona nel diritto romano: così non sono persone gli schiavi almeno nel loro rapporto col padrone, e nel rigore della legislazione primitiva, perchè essi non son capaci di avere nè di dovere alcun diritto (1).

Dovremo dunque distinguere e studiare due ordini di persone; le persone che si dicono naturali, o fisiche, ma per le quali non troviamo nella romana giurisprudenza altra denominazione che questa tratta da Ulpiano, persone individuali (*singularis persona*) cioè l'uomo persona; e quelle che si chiamano persone morali o astratte o fittizie, o civili, o giuridiche, cioè quelle che sono di pura creazione giuridica (2).

5. Secondo significato della parola persona.

Nel secondo significato frequentissimamente adoperato, la parola persona dinota qualunque parte, qualunque personaggio, che l'uomo è chiamato a rappresentare sulla scena giuridica, cioè a dire qualunque qualità, in virtù della quale egli ha certi diritti, o certe obbligazioni: p. es. la persona di padre, di figlio di famiglia, di marito, di tutore. In questo senso lo stesso uomo può avere più persone nel medesimo tempo; essa è la maschera della commedia o del dramma:

« *Personam tragicam forte vulpes viderat* ».

dice il favoleggiatore

« . . . *Personae pallentis hiatum*
In gremio matris formidat rusticus infans »

dice il poeta satirico (3).

CAPITOLO II. — DELLO STATO (*status*) NEL DIRITTO ROMANO.

6. Idea ed elementi costitutivi dello Stato (*Status*)

Questi elementi sono al numero di tre.
La libertà (*libertas*)
La cittadinanza (*civitas*)
La famiglia (*familia*)

La loro riunione costituisce ciò che i Romani chiamavano *status*, o *caput* capo (4).

La parola *status* dunque nel linguaggio del diritto romano è una parola tecnica; è necessario di ben comprenderne il senso speciale che le appartiene, e che si riferisce esclusivamente a questi tre elementi: la libertà, la cittadinanza, la famiglia; ciò pertanto non impedisce che si possa qualche volta adoperare nel senso volgare e generale del linguaggio ordinario.

Lo studio delle persone per esser metodico dee restringersi nel quadro di questi tre elementi: dapprima la libertà, poi la cittadinanza, in fine la famiglia con tutte le regole, ed istituzioni, che a ciascuna di esse si riferiscono; e per tal modo si svolgerà il principal quadro delle persone nella società civile de'Romani.

§. 1. — La libertà (*libertas*)

7. Libertà, Schiavitù (*Servitus*) Colonia (*Colonatus*)

La libertà (*libertas*) à per idea opposta la schiavitù, (*servitus*): di qui la prima divisione degli uomini in liberi (*liberi*), e schiavi (*servi*, *mancipia*, presi con la mano).

Nell'epoca del diritto primitivo, quando esso regnava ancora nella sua asprezza ci-

(1) *Instit. 1. 16. §. 4.* — Per quanto fosse rigoroso il diritto Romano non potè distruggere totalmente la personalità degli schiavi; perchè è impossibile che un essere umano viva in relazione con altri uomini senza che vi siano de' diritti e de' doveri dall'una parte all'altra. Così lo schiavo era punibile pe'suoi delitti. Così la facoltà d'essere onorato con un legato, e di acquistarlo anche per se, se si trovava libero al momento della devoluzione del dritto; la facoltà d'essere preposto dal suo padrone a un commercio, ad una operazione, alla gestione del suo peculio; di figurare ne'contratti, o nelle private relazioni per acquistare pel suo padrone delle obbligazioni o de' dritti reali, tutto ciò costituisce delle capacità di dritto che non possono appartenere se non alla persona. In fine gli schiavi ebbero de' dritti anche contro i loro padroni dal momento che non fu più permesso di metterli a morte, nè di far loro soffrire de' duri trattamenti.

(2) Questi modi non sono del linguaggio del diritto Romano, quantunque la differenza tra queste due classi di persone vi si faccia ben notare — Si trova in Ulpiano la frase *singularis persona* per la persona naturale a differenza di *populus*, *curia*, *collegium*, *corpus* (*Dig. 4, 2. 9. §. 1. fr. Ulp.*

(3) *Fedr. 1. fab. 7.* — *Giovenale satira 3. v. 174* — Ed il poeta epigrammatico:
« *Sum figuli lusus Rufi, persona Batavi*:
Quae tu derides, haec timet ora puer ».
Marziale lib. 14, 176.
Aggiungete questa frase così caratteristica di Plinio: « *Persona adjicitur capiti, densusve reticulus* ». (Plin. lib. 12, cap. 14.)
Ecco perchè nella lingua del diritto si dice *sustinere personam*, sostenere una maschera, una persona; *haereditas personam defuncti sustinet*.(*Dig. 41. 1. 34. pr. f. Ulp.*); l'eredità giacente sostiene la maschera, la persona del defunto.

(4) Vedi per quest'ultimo modo di dire *Instit. 1. 16. §. 4.*

vile, l'idea e la condizione della servitù erano organizzate in tutta la loro durezza.

In appresso, quando sotto l'influenza dello stoicismo il diritto è passato allo stato filosofico, i giureconsulti romani anche nella definizione che ne danno, riconoscono e proclamano il principio, che la libertà è l'ordine naturale, e la servitù una istituzione contro natura, stabilita dal diritto delle genti, e dal costume generale delle nazioni (1). Intanto di già le leggi ne addolciscono le conseguenze, e la van ravvicinando ai dettami dell'umanità.

Il Cristianesimo verrà più tardi col suo santo dogma dell'eguaglianza degli uomini, per collaborare a sua volta a questo raddolcimento, e tendere di giorno in giorno anche all'abolizione di siffatta istituzione.

Questi tre periodi ben distinti della legislazione romana debbono attirare l'attenzione nello studio di siffatte materie.

La divisione degli uomini in quanto alla libertà si presenta semplicemente nel diritto primitivo de' Romani. Quivi essa non comprende che due termini: i liberi, e gli schiavi.

Bisogna rimontare fino all' epoca del decadimento dell' agricoltura, e del frequente abbandono delle terre per difetto di utile coltura, e soprattutto all'epoca della conquista delle lontane province, e dell'ammissione di orde di barbari nelle terre dell'impero anteriormente a Costantino, per veder sorgere un terzo termine di dritto totalmente nuovo: i coloni (*agricolae*, o *coloni*) sia tributarî (*censiti*, *adscriptitii* o *tributarii*), sia liberi (*inquilini*, *coloni*, *liberi*) specie di servi attaccati non ad un padrone individualmente, ma ad una terra (2). Questa è la gradazione che si prepara, e che condurrà col volgere de'secoli dalla schiavitù al servaggio, e da questo alla domesticità ed al proletariato moderno.

Le teorie che il diritto dee quì svolgere si aggirano a regolare i seguenti punti:

In qual modo si nasce libero, come si acquista la libertà, come si perde;

In qual modo si nasce in servitù, come vi si cade, come può diventarsi libero;

Come si nasce colono, come si può divenire, come si cessa di esser tale.

8. Manomissione (*Manumissio*); Ingenui (*Ingenui*), e fatti liberi (*liberti libertini*)

Questo è il luogo della teorica della manomissione, in cui è importante notare il cangiamento di aspetto, che si rileva fino nelle variazioni della forma. Sotto il diritto romano primitivo essa è un atto di diritto politico, la città vi dee sempre intervenire come parte, perchè si tratta di fare un cittadino. Ma al pari di tante altre istituzioni, che dapprima eran pubbliche, e poi andarono in disuso, la manomissione gradatamente è abbandonata alla discrezione del semplice diritto privato; quando da un canto il titolo di cittadino, che essa conferisce à perduto il suo valore, e lo spirito legislativo dall'altro tende a moltiplicare il numero delle manomissioni, e ad ampliarne gli effetti.

Dagli effetti della manomissione o affrancamento ne deriva per gli uomini liberi un altra divisione di persone: gl'ingenui (*ingenui*), che son liberi per la loro nascita, ed i libertini, che sono divenuti liberi per la manomissione. Questi ultimi si chiamano *liberti* per rapporto al loro padre, e *libertini*, quando non si tratta che di designare il loro stato.

9. Modificazioni successive nella condizione de'libertini.

La condizione de'libertini nel diritto romano puro è ben differente da quella degli ingenui tanto dal lato pubblico, che dal privato. Nondimeno la successione storica del diritto induce a tal riguardo delle notevoli modificazioni, che è importante seguire.

Da una parte sotto il diritto primitivo non si conosce che una sola classe di libertini; essi son cittadini Romani, ma d'una condizione inferiore. Sotto Augusto e sotto Tiberio due nuove classi sono introdotte, che non hanno il diritto di cittadinanza, che sono inferiori alla prima, e tra loro l'una superiore all'altra, quelle de'libertini latini Giuniani (*latini Juniani*), e de'deditizii (*dedititii*). Da ultimo Giustiniano li eleva tutti allo stesso grado, tutti son cittadini: questo è il diritto primitivo nella sua semplicità, ma

(1) « *Libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur.* § *1.* — *Servitus est constitutio juris gentium, quo quis dominio alieno contra naturam subjicitur* ». *(Dig. 1. 5. 4. fr. Florent.)*

(2) V. i particolari con l'indicazione de'testi nella mia *hist. du droit* n.º 88 pag. 341—V. pure tra i frammenti del codice Teodosiano dovuti alla scoverta del signor Amedeo Peyron una costituzione d'Onorio, che presenta un simile stabilimento di barbari sulla terra dell'Impero sotto la condizione della Colonia. (*Cod. Theod. 5. 4. de bonis militum Const. 4.*)

esteso alle manomissioni private, che questo diritto non riconosceva.

Daltronde la condizione de' cittadini fatti liberi ha progressivamente tentato di ravvicinarsi a quella degl'ingenui e porsi con essa allo stesso livello. Sotto l'impero delle ultime novelle di Giustiniano essa più non ne differisce, che pel legame e pel diritto derivante dal patronato.

§. 2. — La cittadinanza (*civitas*).

10. Cittadino (*civis*) Peregrino, Nemico, Barbaro (*peregrinus, hostis, barbarus*)

La cittadinanza! questa parola ci richiama in mente il ***civis romanus sum***, che per se solo significava tante cose! In effetti non si trova in niuna parte l'idea di cittadinanza così vigorosa come nel diritto primitivo de'Romani; in niuna parte un concepimento così energico di ciò che veramente è *il diritto civile*, espressione degenerata a'nostri giorni: ciò è a dire il diritto esclusivamente proprio a que' che fan parte della città.

Di questo diritto esclusivamente proprio alla città pel territorio, ed ai cittadini per le persone (*jus Quiritium*) l'antica e caratteristica denominazione era: *optimum jus civium romanorum*, e più tardi: *jus civitatis*, *jus civile* (1).

Questo titolo di cittadino ne'loro legami di famiglia, nei loro matrimonî, nella loro proprietà, nelle loro eredità, nei loro testamenti, nelle loro alienazioni, nelle loro contrattazioni, in fine in tutte le loro istituzioni, avea impresso un carattere di forza e di durezza, che non tenea conto nè della voce della natura, nè de'vincoli del sangue, nè dell'opinione o dell' equità comune; ed al quale niuno straniero poteva aspirare.

Titolo, che acquistato una volta era indelebile nel diritto puro de'Romani; perocchè il giudizio del popolo potea ben privare della vita un cittadino, ma non della cittadinanza suo malgrado (2). Tutta la capacità del diritto civile nell'ordine privato, come nel pubblico dipendeva da questo titolo; se questo mancava, non vi era stato (*status*), non vi era capo.

L'opposto di (*civis*) cittadino è il *peregrinus* peregrino; *hostis* lo straniero o nemico, perocchè per Roma repubblicana fino a che non ebbe compiuta la conquista del mondo conosciuto, queste due parole erano sinonime (3); *barbarus* il barbaro.

Peregrinus, *hostis*, *barbarus* dal lato del diritto civile sono sempre la medesima cosa; essi sono degli stranieri; veruno di essi non ha alcuna partecipazione al diritto civile; ma ciascuna parola contiene l'idea di una relazione differente con Roma.

Peregrinus nel senso più ristretto è lo straniero che trovasi in Roma, che la curiosità, l'amore de'viaggi, o dello studio, gli affari, o il potere assorbente della gran città quivi han tratto, o che ivi si è stabilito. L'affluenza ogni dì più cresce, il lor numero pareggia se non sorpassa quello de'cittadini. Ma essi sono stranieri alle istituzioni e ai diritti civili. Un pretore speciale, il pretore degli stranieri (*praetor peregrinus*) è incaricato di render loro giustizia, non già secondo le forme ed i principii del diritto civile, del diritto de'cittadini, ma secondo il dritto delle genti, il dritto comune a tutti gli uomini. (*Hist. du droit* n. 40 pag. 183). Più generalmente l' attributo di *peregrini* appartiene a tutte le popolazioni, che son soggette al governo di Roma, senza far parte della città.

Hostis è lo straniero, che la dominazione romana non ha ancor soggiogato; fino alla sottomissione egli è o sarà nemico.

Barbarus è colui che è ancora fuori i confini della civiltà e della geografia romana. La circonferenza indietreggia, e si allarga di giorno in giorno. Dai Galli cisalpini questo titolo passerà ai Galli al di là delle Alpi sulle rive dell' Oceano, agl'insulari della GranBrettagna, alle foreste della Germania, infine alle orde non conosciute del Nord, e dell'Asia, che dovranno rovesciare l'impero di Roma.

Tale è la differente relazione che hanno con Roma il *peregrinus*, l'*hostis*, il *barbarus*; l'uno è tra le mura, o sotto la dominazione di Roma, l'altro fuori della sua dominazione, l'ultimo fuori della sua civiltà e geografia.

Ma la condizione di tutti quanto al godimento del diritto civile è la stessa; essi sono stranieri. Così in dritto questa voce *peregrinus* basta. Essa col tempo prende un senso più generale, quando Roma ha conquistato quasi tutto il mondo conosciuto, e

(1) Questa sinonimia tra *jus Quiritium*, denominazione antica, e *jus civitatis*, denominazione più moderna, si osserva nelle regole di Ulpiano, *tit. 3.* §§. *1. e 2. e seg.*, e presso *Gaio, 3.* §§. *72 e 73.*

(2) *Civitatem vero nemo unquam ullo populi iussu amittet invitus.* (Cicer. *pro domo, c. 29 e 30*) Per poter infligere questa pena si facea ricorso a quelle sottili invenzioni tanto in uso nella romana giurisprudenza.

(3) V. la legge delle Dodici Tavole « *Adversus hostem aeterna auctoritas* » nella mia *Hist. du droit* table VI. p. 92.

finisce per trovarsi essa sola adoperata da' giureconsulti nella lingua giuridica più moderna per esprimere l'opposto di *civis*.

Come si nasce con la qualità di cittadino? Come può acquistarsi? Come può perdersi? Tali sono su questa materia le teorie del diritto che fa uopo spiegare.

Due ordini di notevoli cambiamenti s'incontra nella progressione storica del diritto Romano:

11. Comunicazione successiva del diritto di cittadinanza a persone fuori del recinto di Roma.

In prima la suddivisione, la comunicazione parziale o totale del diritto di cittadinanza; la sua graduale estensione fuori del recinto di Roma.

Nel diritto primitivo si è cittadino, o straniero senz' altra condizione, o stato intermedio. Ma più tardi delle particolari concessioni, date per benevolenza, o strappate per forza d' armi o di trattati, son fatte agli abitanti di certi territorii. I vantaggi di questo *jus Quiritium*, di questo *jus civitatis* si dividono, si distribuiscono più o men largamente dalla città sovrana, e di poi dai soli imperadori ai popoli, o anche individualmente agli uomini, o ai re che ne fanno istanza (1).

Questa comunicazione ha luogo sotto un doppio punto di vista: o in quanto al suolo, o in quanto alle persone. Noi qui non ci occuperemo che delle persone.

Si ammette alla partecipazione più o meno larga del *jus Quiritium* talvolta nell'ordine politico e nell' ordine privato insieme, con ammessibilità alle cariche della Repubblica, e diritto di suffragio, (*jus honorum, jus suffragii*); talvolta nell' ordine privato solamente.

In quest' ordine sono da notare alcuni importanti smembramenti del *jus civitatis*: Il *connubium* che dà ai concessionarî la capacità di contrarre tra loro, o anche con cittadini romani giuste nozze, le nozze romane che producono gli effetti del diritto civile (2); il *commercium*, portante la capacità di stipulare coi cittadini dei contratti, degli acquisti, delle alienazioni secondo il diritto civile (3); la *factio testamenti*, capacità di ricevere da essi o disporre in lor favore per testamento secondo la legge romana; ciò che pare una conseguenza non già assoluta, ma almeno ordinaria del *commercium*; dappoichè il testamento si pratica sotto la finta forma d' una vendita solenne, d' una mancipazione (4).

Questi smembramenti del *jus civitatis* nell' ordine privato sono accordati uniti, o separati; così i cittadini della tal città possono avere coi cittadini romani, per esempio, il *commercium* senza il *connubium*; tutto dipende dall' atto di concessione.

Da ciò una varietà irregolare nella partecipazione al *jus civitatis* sia politico, sia privato. Non si è più assolutamente, come nel diritto puro, o tutto cittadino, o tutto straniero; vi à più d'uno stato intermedio.

Le città del Lazio, dell'Italia, delle provincie esterne successivamente ebbero la lor parte in queste concessioni; la quistione dell' origine, dell' organismo interno di ciascuna città, della natura delle sue relazioni con Roma, è strettamente legata con questo soggetto. Qui, considerando solo la condizione degli abitanti, delle persone, e riserbandoci più avanti di parlare di ciò che riguarda il suolo, si riferiscono le nozioni: sui coloni Romani (*romani coloni*, o semplicemente *coloni*); sugli alleati latini (*socii latini*, o semplicemente *latini*); sui coloni latini (*latini colonarii*); sugli alleati godenti del diritto italico (*socii ex jure italico*); sui latini Giuniani, quegli schiavi fatti liberi di classe inferiore assimilati quasi in tutto ai *latini colonarii* (5), in fine sui popoli *deditizii*, e quegli schiavi fatti liberi, che loro furono assimilati.

Ma sotto Antonino Caracalla tutte queste varietà spariscono circa le persone, tutti i sudditi dell' Impero son dichiarati cittadini Romani (6). Non rimane altro vestigio delle antiche distinzioni, che le due classi inferiori di schiavi fatti liberi (i latini Giuniani, e i deditizî), le quali, se non in fatto, almeno in legislazione si mantengono infino a Giustiniano, che le abolì.— I *peregrini* non son più diversi da nemici, e da barbari. Il senso della parola è snaturato.

(1) *Gai 1.* §§ *93 e 94.* (2) *Gai 1.* § *56.*

(3) *Ulp. Reg. 19.* § *4. Commercium est emendi vendendique invicem jus »:* (*Ivi* § *5). Connubium de nubere eum; commercium de mercari eum.*

(4) *Ulp. Reg. 20.* § *8. e 22.* § 2. — Ved. qui appresso *lib. 2. tit. 2. tit. 10,* § *6.*

(5) *Gai 3.* § *56.—fram. de manumissionibus* conservato da Dositeo § 6. e seguendo un'altra divisione § 8. Essi aveano il *commercium. Ulp. Reg.* § *4.* Vedi anche *Gai. 1. 66. e seg.* Ma non già il *connubium. Ulp. Reg. 5.* § *4.*

(6) Vedi su queste diverse partecipazioni al diritto civile la mia *Hist. du droit* riassunto dopo il n.° 39, pag. 160 e seg: e dopo il n.° 72 p. 296 e seg.

12. Alterazione graduale del diritto civile.

Il secondo ordine di fatti, sul quale deesi volgere l'attenzione degli studiosi della romana legislazione è la gradata alterazione, che subisce il vero diritto civile, a misura che il titolo di cittadino si comunica, e si propaga; il suo ravvicinamento al diritto delle genti per mezzo di rigiri, di finzioni, d'istituzioni pretorie, o imperiali; in fine la sua impronta quasi totalmente scomparsa sotto Giustiniano.

La cittadinanza svanisce; le persone e i diritti si eguagliano.

§ III. — LA FAMIGLIA (*familia*).

13. Nozione generale della famiglia romana.

La famiglia nell' origine aristocratica, e teocratica della costituzione romana è un'aggregazione particolare nell'ordine politico, nell'ordine religioso, e nell'ordine privato.

Nell' ordine politico le famiglie patrizie dominano. Ciascuna trae seco nella sua sfera le famiglie plebee, che le sono attaccate pel legame pubblico, e religioso della clientela. Se qualcuna di queste famiglie plebee resta libera, senza alcuna relazione di clientela, essa è nell'isolamento pubblico, senza importanza e senza appoggio. Questo è il germe che crescerà, che moltiplicherà, ed eleverà contro la casta Patrizia la potente rivalità della plebe.

L' alterazione delle famiglie è cosa che riguarda la comunità, l'associazione intera; ai Comizî appartiene il deciderne; e queste forme restano in simulacro nel dritto posteriore, come rivelazione di ciò che un tempo esisteva.

Nell' ordine religioso la famiglia è unita pe' legami di un culto che ad essa è proprio, per l'obbligazione a dati sacrifizî, che in dati giorni, e luoghi dee fare (*sacra familiae*; *sacra gentis*). Prescindendo anche dai Lari, dagli Dii domestici, essa può essere obbligata verso tale o tal altro pubblico Nume: verso Ercole, Minerva, o qualunque altro (1). Questa impronta religiosa dell' aggregazione rende necessario altresì l'intervento del diritto e del potere pontificale, quando si tratta di alterare la famiglia.

Da ultimo, nell'ordine privato la famiglia è anche un' aggregazione, nella quale si concentrano la proprietà, gli effetti delle obbligazioni, il diritto d'eredità, di successione; ciò è a dire il diritto di assumere, e continuare nella città la persona del morto. Per trasferire questo diritto ad un altro fuori la gerarchia della famiglia vi bisogna l' intervento dell' intera associazione, l'intervento de' Comizî.

Questi caratteri primitivi si cancellano. L' aggregazione politica sparisce a misura che la costituzione si modifica; l'aggregazione religiosa finisce col paganesimo. Il diritto privato invade il diritto pubblico. Ma solo la ricordanza del passato può farci intendere talune tracce che vi sono rimaste.

14. Fondamento della famiglia romana.

Il fondamento della famiglia, nel diritto umano, nel diritto generale delle società è il matrimonio; presso i romani il matrimonio civile, le nozze romane ne son per certo un importante elemento, ma la sua base, il suo fondamento sta in altro.

La famiglia romana anche nell' ordine privato non è una famiglia naturale; ma una creazione del diritto civile, del diritto della città.

La donna moglie pel marito, madre pei figli, non vi è compresa pel solo fatto del matrimonio: ella vi partorisce de'figli, ma non è della loro famiglia. I figli stessi, i loro discendenti possono esservi estranei; ed in senso inverso, delle persone estranee pel sangue, possono farne parte.

Ed intanto dall' essere nella stessa famiglia dipendono tutti i diritti civili, che i membri son chiamati ad avere gli uni rispetto a gli altri: Vi si è? si partecipa di questi diritti: Non vi si è? Non si ha alcun diritto, fosse anche un figlio, un padre, una madre, un fratello, una sorella, o qualunque altro parente.

Il legame della famiglia non è il vincolo del sangue, quello prodotto dal matrimonio, e dalla generazione, ma è un legame di diritto civile, un legame di potestà.

La famiglia Romana non è fondata principalmente sul matrimonio, ma sibbene sulla *potestà*.

E però l'esposizione del diritto che la concerne comincia sempre nella legislazione romana dalla teoria della *potestà;* quella del matrimonio non viene che in second' ordine.

(1) Tali sono i sacrifizi espiatori degli Orazii per l' uccisione della sorella: « *Sacrificia piacularia gentis Horatiae* ». *Tit. Liv. I. 26.* Tali quelli che i Fabii doveano fare sul monte Quirinale ad Ercole. *Tit. Liv. V. 46.* e quelli di Nauzio a Minerva. *Dionigi VI. 69.*

15. La potestà. Il capo di famiglia (*pater familias*); persone *sui juris*, o *alieni juris*.

L' idea di potestà, sulla quale è fondata la famiglia romana, è presa nel suo concepimento più assoluto e dispotico.

Un solo, il capo, è padrone, proprietario di tutti gli altri, di tutto il patrimonio; la proprietà concentrata in ciascuna famiglia è tutta a sua libera disposizione, corpi, e beni tutto appartiene a lui. Egli poi è indipendente.

Da ciò sorge una nuova divisione delle persone dal lato della famiglia:

Le persone *sui juris*, che hanno il loro diritto, la loro condizione propria, ciò è a dire indipendenti da qualunque potestà, detti altresì *pater familias* per gli uomini, *mater familias* per le donne. Il cittadino romano sia maritato, o no, abbia de' figli, o no, sia anche di età minore, all'uscire dal seno materno, se non è soggetto ad alcuna potestà, è *pater familias*, è il padre, il capo della famiglia.

L' opposto di chi è *sui juris* è quegli che è *alieni juris* accessorio del diritto, della condizione di altri; *alieno juri subjectus*, sottoposto al dritto di altri, ciò è a dire nella potestà di altrui.

Solo il primo può avere, acquistare, esercitare de' diritti civili, avere delle altre persone in sua potestà. Il secondo a rigore di principî non ha, non acquista, non esercita alcun dritto per lui stesso, egli non è che il rappresentante, l' istrumento di colui, dal quale dipende; egli non può avere chicchessia in sua potestà. In una parola egli non ha propria persona, egli non porta altra maschera giuridica, altra persona che quella del capo; la sua individualità si perde sotto questa maschera, è assorbita in questa persona. Se egli è riputato parte nella comproprietà di famiglia, ciò avviene solo perchè s' identifica, ed è tutt' uno con la persona del capo.

Tutto ciò nell' ordine privato solamente; perocchè trasferito quest' uomo *alieni juris* nell' ordine pubblico, nel foro, ne' comizi, nelle magistrature, s' egli è libero e cittadino, vi riprende la sua indipendenza, vi esercita i dritti, e le cariche pubbliche come cittadino (1).

16. Diverse specie di potestà (*potestas, manus, manicipium*)

La potestà del *sui juris*, del *pater familias*, del capo di famiglia sulle persone *alieni juris* è di tre specie:

Potestas, la potestà propriamente detta, che nel linguaggio del diritto romano dinota ad un tempo la potestà del padrone sugli schiavi (*potestas dominorum*), e la patria potestà del padre sui figli (*patria potestas*);

Manus, la mano; voce simbolica adoperata qualche volta, e sopra tutto probabilmente nell' origine per dinotare qualunque potestà (2), ma che si è dipoi specialmente applicata alla potestà del marito sulla moglie nel caso in cui questa vi si trovi sottomessa; ciò che non accade sempre, e che non è l'effetto del solo matrimonio;

Mancipium, il mancipio; potestà sull'uomo libero, di cui si è acquistata la proprietà romana per la solenne alienazione, la vendita civile, chiamata mancipazione (*mancipatio*).

Così gli schiavi, i figli, la moglie quando è stata posta, o è caduta in *manu* del marito, sotto la sua mano; gli uomini liberi che si sono acquistati per la mancipazione, ciò che per altro loro non impediva di restar liberi nell' ordine generale; tali sono le persone che possono trovarsi sotto la potestà del capo di famiglia.

Per ciascuna di queste potestà il diritto deve regolare i seguenti punti:

Come si produce o acquista — quali sono i suoi effetti e la estensione — come si scioglie.

È questo il luogo da esporre diverse teorie:

Per la potestà sugli schiavi: la teoria del suo acquisto è la stessa che quella dell' acquisto delle cose, perchè gli schiavi sotto tal riguardo sono cose. Quella della sua estensione e de' suoi effetti merita speciale attenzione storica. Quella del suo scioglimento, o la liberazione dalla servitù (*manumissio*), materia che si rannoda ad un tempo alla libertà, alla cittadinanza, alla famiglia; ed in fine la teoria del patro-

(1) Pertanto non vi è alcun dubbio, specialmente nella costituzione primitiva di Roma, che la personalità assorbente del capo non esercitasse la sua influenza fin nell' ordine politico. E la prueva incontrastabile si ha nei comizî per centurie, in cui i cittadini erano classificati per gerarchia di fortune; or i figli di famiglia non aveano nulla, assolutamente nulla, salvo la loro partecipazione alla comproprietà di famiglia come confusi colla persona del capo. Sino a qual punto il figlio di famiglia nell' ordine politico, e nell' esercizio de' diritti di cittadino continuava a sostenere la maschera giuridica, la persona del capo? Questo è un bel problema; ma esce dal disegno di quest' opera, specialmente consacrata al dritto privato.

(2) Per esempio in *manumissio*, *mancipatio*, ed anche *mancipium*.

nato, de'legami che ne seguono tra lo schiavo fatto libero, e la famiglia di colui che gli ha data la libertà.

Per la potestà paterna: la teoria delle giuste nozze nelle sue relazioni con la produzione di questa potestà; la teoria dell'arrogazione cosa di diritto pubblico, in cui interviene tutta la città, non meno che il potere pontificale, perchè si tratta di alterare la famiglia; quella dell'adozione che ci mostra l'usurpazione del diritto privato sul diritto pubblico col soccorso di finzioni; la modificazione storica, e la successiva attenuazione degli effetti di questa potestà, tanto in riguardo alla persona, che in riguardo ai beni; la sua estensione, che non si resta alla prima generazione, ma si protrae su tutte le generazioni per parte di maschi; la sua durata, che non finisce per l'età de' figli qualunque sia, ma solamente per la morte del capo di famiglia, salvo se qualche speciale avvenimento non vi abbia prima posto termine. Tra questi avvenimenti eccezionali è l'emancipazione non preveduta dal diritto primitivo, nè anche dalla legge delle Dodici Tavole (1), ed alla quale si giunge per via di finzioni. È notevole che per quanto aristocratica sia stata la costituzione romana, pure, alla morte del capo di famiglia non s'incontra alcun diritto di primogenitura, o di sesso. L'eguaglianza de'figli è un diritto primitivo. Tutti i figli, e le figlie soggette al capo di famiglia senz'altra persona fra mezzo, divengono liberi e *sui juris*.

Per la *manus*: la teoria delle giuste nozze non già come causa efficiente, ma a titolo di condizione essenziale; di poi come causa generatrice di questa potestà: la confarreazione (*confarreatio*, *farreum*) solennità sacerdotale di origine etrusca, di privilegio patrizio; la *coemptio* vendita civile della moglie per mancipazione, solennità di pratica plebea; in fine l'*usus* acquisto per mezzo dell'uso, del possesso di un anno non interrotto, come per le cose mobili; gli effetti di questa potestà, di cui il principale è di far entrare la moglie nella famiglia, nel posto di figlia di suo marito, di sorella de' suoi figli.

Pel *mancipium*: le nozioni sulla vendita, sull'alienazione civile (*mancipatio*), che il capo di famiglia può fare de' figli, o della moglie, che ha sotto la sua potestà; sul loro abbandono (*noxali causa mancipatio*), per esimersi dal riparare i danni da loro cagionati; gli effetti di questa potestà, i quali sono in generale di assimilare il mancipato presso a poco ad uno schiavo nella famiglia (*servorum loco constituuntur*), lasciandolo libero nell'ordine pubblico; l'affrancamento o manomissione (*manumissio*), che vi pone termine; i legami analoghi a quelli del patronato, che ne risultano; in fine l'indebolimento, e la graduale scomparsa di questa particolare potestà, il *mancipium*, che non rimane più se non come modo fittizio, appunto per giugnere a quelle emancipazioni, che il dritto civile non comporta (1); e quella regola ben notevole che ogni cinque anni, nel fare il censo de' cittadini, tutti coloro che in tal guisa si trovano in *mancipio*, per cause piuttosto finte, che serie ricupereranno necessariamente, e per forza la libertà (2).

A questa potestà indicata da Gaio col nome di *mancipium* si riferisce senza dubbio la condizione di colui, che ne' tempi, e nel linguaggio più antico del diritto si chiamava *nexus*, *nexu vinctus*; cioè del capo di famiglia debitore, il quale, per sicurezza del suo debito, erasi dato in pegno al creditore per mezzo della vendita civile (*nexum*; *mancipatio*; *alienatio per aes et libram*) della sua persona, traendo con se quella altresì della sua famiglia, e del suo patrimonio (3). La mancipazione in tal caso non era considerata, e forse anche, mediante qualche restrizione ne'termini solenni, non era fatta come un' alienazione irrevocabile; ma solamente a titolo di garentia, come un alienazione, che dovea essere risoluta per una retrocessione nel punto del pagamento del debito (1). I debitori liberati da questa soggezione in seguito del pagamento sono quelli, che nella lingua antica della storia

(1) Nondimeno *V. Gaio 4.* §. *79.*

(2) Per esempio per mancipare i figli dalla patria potestà V. appresso, 1. 12. §. 6; — Per liberare le donne dalla tutela degli agnati.

(3) *Gai 1.* § *440.*

(4) *Nexum* è una dizione primitiva e generica; essa dinota tutti gli atti civili che si compiono col mezzo reale, o finto della alienazione per *aes et librum*, per un pezzo di metallo e per la bilancia. « *Nexum est ut ait Gallus Aelius quodcumque per aes et libram geritur* ». etc. *Festus V.° nexum— Cicer. top, c. 28; et Boethius ad Cicer. — Cicer. de Orat. 111. 40.—Varrone de lingua latina VI. 5.* Le voci *mancipium*, e più tardi *mancipatio* sono più recenti, e meno estese.

(5) « *Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat, dabat, dum solveret, nexus vocabatur* ». *Varron. de lingua lat. VI. 3.* — « *Propter domesticam ruinam et grave aes alienum C. Plotio nexum se dare coactum* ». *Valer. Maxim. VI. 9.—Festus verbo deminutus.* Si poteva anche con la formalità del *nexum* dare in pegno per la garentia del debito, invece della propria persona, certe cose, certi oggetti de' proprii beni.

e del dritto ci si presentano sotto il nome di *soluti* (1). *Nexi! soluti!* La sorte infelice de' plebei sotto l'oppressione usuraria de' patrizi; il soggetto delle frequenti rivolte; la legge Petilia Papiria *de nexis* che proibì questa obbligazione delle persone (an. 428 di R.—326 av. G. C). (2): tutte siffatte ricordanze son comprese in questa voce.

Finalmente alla potestà, che un capo di famiglia può avere sopra gli uomini liberi, da lui conseguita, per uno dei mezzi del dritto civile, si riferisce altresì la condizione di colui, che il linguaggio giuridico nomina *addictus*; vale a dire di colui, che per la dichiarazione del magistrato, che esercita la giurisdizione, è stato assoggettato al potere di un altro, sia del suo creditore, per difetto di pagamento d'un debito scaduto, sia di colui, a danno del quale abbia commesso alcuni determinati delitti, come per esempio un furto manifesto (3). Tra gli *addicti* ed i *nexi* vi ha delle grandi differenze, non ostante i legami che li uniscono. Tali differenze possono riassumersi in questo principio, che i *nexi* sono assimilati agli schiavi tanto di fatto, che di diritto relativamente a colui, al quale sono stati venduti, quantunque restino uomini liberi nella città, mentre gli addicti sono schiavi di fatto ma non di dritto tanto riguardo al creditore, al quale sono stati attribuiti, che riguardo alla società (4).

Le dizioni *adjudicatus*, *judicatus* (5), le quali indicano il risultamento non delle dichiarazioni d'un magistrato che esercita la giurisdizione (*dicit jus*), ma della sentenza di un giudice che decide una lite (6), si applicano allo stato che precede l'*addictio;* esse dinotano colui che è stato condannato (*judicatus*) dalla sentenza del giudice, e che il creditore perseguita, perchè gli sia dato in proprietà *addictus:* nell'intervallo di questa procedura egli anche è sottoposto ad una certa potestà del creditore.

Queste tre sorte di dipendenze derivanti dalla *mancipatio*, dal *nexum*, dall'*addictio* applicate agli uomini liberi, quantunque varie nell'estensione, e ne' particolari de' loro effetti, si riuniscono non pertanto in questo punto capitale; che nell'una, come nell'altra in sostanza sono un potere d'appropriazione; nelle due prime, un vero dominio quiritario, che il capo di famiglia ha acquistato per diverse cause, o sotto diverse condizioni, sempre però per un mezzo del diritto civile, sopra un uomo, che resta libero nell'ordine generale, ma che diviene sottoposto nella sua famiglia alla potestà di lui, per una specie di servitù. Le due ultime spariscono; prima il *nexum*, poi l'*addictio*: noi non ne troviamo più traccia ne' giureconsulti che ci facciamo a studiare; Gaio appena vi fa allusione. Ma egli parla ancora particolarmente e con precisione del *mancipium*, il quale non per tanto, al suo tempo, già cominciava a non essere altro che finzione, e che anche quando seriamente avea luogo, era già molto temperato nei suoi effetti (7).

17. Il Matrimonio, (*justae nuptiae*), e le diverse congiunzioni dell' uomo e della donna (*concubinatus, stuprum, contubernium*).

La teorica del matrimonio nella costituzione della famiglia non esiste nel diritto romano, che accessoriamente alla potestà.

Il matrimonio romano, secondo il diritto civile, chiamasi *justae nuptiae*, *justum matrimonium*; il marito *vir*, la moglie *uxor*. Esso è esclusivamente proprio de' cittadidini, o di quelli, ai quali il *connubium* è stato conceduto; esso solo produce la patria potestà sui figli. Esso non genera per se stesso la potestà maritale *manus* sulla moglie; ma bisogna che vi sia intervenuto il *farreum*, la *coemptio*, o l'*usus*.

Quì è da notare la divisione del popolo in caste radicalmente separate, che non dovranno mai confondersi; tra le quali il matrimonio romano non potrà aver luogo. Il *connubium* non esisterà, la famiglia non si formerà, il sangue non si mescolerà da una parte all'altra. Ma col tempo il progresso sociale porta il suo livello, sotto il quale gradatamente svaniscono siffatte proibizioni. Così è vietato di mescolare il sangue patrizio col sangue plebeo: la legge Canu-

(1) « *Nexo solutoque... idem jus esto* ». *Festus* v.° *Sanates*, cioè a dire, che il *nexus* durante il suo impegno, e finchè il termine del pagamento non è arrivato dee godere del medesimo dritto che colui il quale è libero da tale impegno— *Tit. Liv. II. 23*.

(2) *Tit. Liv. VIII. 28.* — Si può vedere ciò che dice Niebuhr dei *nexi* t. II. p. 374 e seg. della tradus., e la nostra Hist. du droit, pag. 154.

(3) *Aulo Gel. Not. At. XX. 1.* dove si trova il testo della legge delle dodici tavole— *Quintil. Instit. Orat. III. 6. v. 10; VII. 3.*—*Tit. Liv. VI. 36.*

(4) V. ciò che diremo lib. IV. tit. 6. dell'azione della legge *per manus injectionem*, per la quale il creditore otteneva l'addizione (*addictio*) del suo debitore.

(5) *Gai 3. §§ 189 e 199*—*Dig. 42. 1. 34. f. Licin. Rufin.*

(6) V. la distinzione che accuratamente abbiamo stabilita a questo riguardo al n.° 85 di questa esposizione, ed in tutto il corso della nostra opera.

(7) *Gai 1. § 141.*

leia abbatte questa barriera (309 di R. 445 av. G. C.) (1). È vietato di mescolare il sangue degl'ingenui con quello de' libertini: la legge Papia Poppea toglie quest' ostacolo (762 di R. 9 di G. C.) (2). In fine è vietato di mescolare il sangue senatorio col sangue libertino, o abietto: le costituzioni di Giustiniano in nome della carità cristiana distruggono quest' altro impedimento (3), ed il Principe perchè non manchi nulla al suo esempio dà a' suoi sudditi un' imperatrice, alla quale si possono rammentare le esercitazioni del circo, o dell' *embolum* (4). Vedete il punto di partenza, e quello di arrivo! la classificazione è al suo estremo limite: è vietato almeno di confondere il sangue romano, il sangue del cittadino col sangue straniero; ma in quest' epoca chi è mai lo straniero? chi è il cittadino? e dove è il Romano?

La forma del matrimonio: abbandonato al puro diritto privato senza necessità di alcuna pubblica solennità; ma collocato nella classe de' contratti reali, si opera pel solo consentimento delle parti, e per la tradizione della donna, ciò è a dire mettendola, in qualsivoglia modo a disposizione del marito (5); semplicità selvaggia, austera rozzezza del diritto, che i costumi, e le credenze popolari rivestono di forme simboliche più speciose, ma senza utilità giuridica. Del resto l'atto non rimane così nudo, e volgare pel patrizio. Per lui è sempre accompagnato dalla solennità etrusca; e sacerdotale del *farreum* o *confarreatio*, che non costituisce il matrimonio, ma che fa passare la donna sotto la mano del capo nella sua famiglia, e che rende i figli nascituri abili alle sublimi funzioni pontificali. Quanto al marito plebeo, se egli vuol aver la moglie sotto la sua mano, egli dee acquistarla per mezzo della vendita civile *per aes et libram*, ed in difetto di ciò, per il possesso di un anno come una cosa mobile, salvo che ella non abbia in ciascun anno dormito fuori del domicilio coniugale almeno per tre notti consecutive (*usurpatum ire trinoctio*) (6).

Alla teoria del matrimonio si rapporta quella degli sponsali (*sponsalia*), che lo preparano, e quella della repudiazione, del divorzio (*repudium divortium*), che possono scioglierlo.

Altre unioni tra l'uomo, e la donna si hanno a considerare, quantunque straniere alla costituzione della famiglia civile.

Il *concubinatus* concubinato, commercio lecito, senza che vi sia il matrimonio, unione permessa, ma poco onorevole nel diritto romano, sopra tutto per la donna. I figli che ne nascono si chiamano figli naturali (*naturales liberi*), essi hanno un padre conosciuto, ma non sono sotto la patria potestà. A questa teoria si rannoda quella della legittimazione, che può intervenire, e produrre la patria potestà.

Lo *stuprum* vocabolo generale che dinota ogni commercio illecito; i figli che ne nascono son detti *spurii*, *vulgo quaesiti*, senza padrone noto; come specialità l'incesto (*incestus*), l'adulterio (*adulterium*), onde nascono i figli incestuosi (*incestuosi ex damnato coitu*), o adulterini (*adulterini*).

Il *contubernium*, unione degli schiavi fra loro, o con persone libere, abbandonato al puro dritto naturale (7).

18. La parentela *(cognatio, agnatio)*; **la gentilità** *gens*, **l'affinità** *(adfinitas)*

Le parole parentela, parenti, nella nostra lingua si sono allontanate dal loro vero senso etimologico, e non han più la stessa significazione, che aveano presso i Romani.

Presso di loro *parens*, *parentes* erano il padre, gli ascendenti, i generanti (da *parere* partorire). Bisogna non confonderli.

L' espressione generale più ampia e più estesa della parentela, nel dritto Romano è *cognatio*, la cognazione.

La cognazione è il legame tra le persone, che sono unite pel medesimo sangue, o che la legge reputa tali. Nel primo caso è vera e naturale; nel secondo, che si riferisce all' adozione, è finta e giuridica. Queste persone si chiamano tra loro cognati (*cognati*, *quasi una communiter nati*).

Nella cognazione si distinguono le linee, ed i gradi. La linea retta (*linea recta*), che è la serie delle persone generate l'una dall'altra: ascendente (*superior*), se questa si considera rimontando verso le persone che hanno generato; discendente (*inferior*), quando si discende verso le persone che sono state generate; — e la linea collaterale

(1) *Tit. Liv. IV. 6.*
(2) *Tit. Liv. XXIX. 19.*
(3) *Cod. 5. 4. 23. — Novel. 89. c. 15. Nov. 117. c. 6.*
(4) Famoso portico di prostituzione in Costantinopoli. V. appresso il nostro articolo su Giustiniano.
(5) V. appresso *L. 1. tit. 10.* dove spiego questa opinione.
(6) V. appresso lib. 1. alla fine del tit. 11. Potestà del marito sulla moglie.
(7) Ciò per altro non impedisce che non s'incontri qualche disposizione del diritto civile, che si riferisca a questo soggetto; specialmente quelle relative alla condizione de' figli nati dal commercio tra liberi, e schiavi. *Gai. 1. §§ 84 e 85.*

(*transversa*, *obliqua*, *ex transverso*, *a latere*) quella delle persone, che discendono non già l'una dall'altra, ma da un comune autore. Il grado è la misura della cognazione; l'unità di distanza sull'una o sull'altra linea tra due *cognati*: ogni generazione forma un grado.

Ma la cognazione per se sola o che provenga da giuste nozze, o da qualsivoglia altra unione, non dà il posto nella famiglia, nè alcun diritto di famiglia produce. Il diritto civile non vi ha quasi alcuna attinenza, salvo quando si tratta delle proibizioni del matrimonio.

La parentela nel diritto civile, quella che produce gli effetti civili, che conferisce i diritti di famiglia è l'agnazione (*agnatio*), il legame che unisce i cognati membri della stessa famiglia (*qui ex eadem familia sunt*); e la causa efficiente di questo legame, di questo attacco (*ad-gnatio*) è la potestà paterna, o maritale che li unisce, o li unirebbe tutti sotto un capo comune, se il capo più remoto della famiglia vivesse ancora (1). È taluno sottoposto alla potestà? egli è agnato, è della famiglia. È stato liberato dalla potestà? egli non è più della famiglia; e ciò tanto per la moglie, che pei figli, le figlie, fratelli, sorelle, infine per tutti.

Oltre quest'aggregazione della famiglia, di tutti gli agnati fra loro, vi esisteva anticamente un'altra sorta di aggregazione civile, quella della gentilità (*gens*), per così dire, generazione, genealogia. Aggregazione, il cui nodo è quasi un mistero per noi, e per la spiegazione del quale s'incontra un gran numero di sistemi molto incerti. L'idea della clientela, e della manomissione, secondo il nostro avviso, è indispensabile per ben comprendere questa relazione del diritto civile quiritario. I cittadini provenuti da una fonte comune, di origine continuamente ingenua, de' quali nessuno degli avi è mai stato in servitù, o clientela qualunque, i quali per conseguenza si formano a loro stessi da generazione in generazione la propria genealogia, e che sono uniti pel legame della parentela civile, costituiscono nel lor complesso una *gens*: essi sono tra loro nel tempo stesso agnati, e gentili.

Da questo lato non si vedrebbe ancora ben chiaro in che la gentilità differisce dalla agnazione, eccetto che le condizioni costitutive di essa, cioè che alcuno degli avi non sia mai stato in servitù, nè in clientela qualunque, la rendeano ne'tempi primitivi esclusivamente propria de'soli patrizi, giacchè tutti i primi plebei erano clienti. Di modo che la gentilità sotto tal punto di veduta, e nella prima epoca, sarebbe l'agnazione de'patrizî; la *gens* sarebbe la famiglia patrizia. Ma oltre a ciò questi patrizî agnati e gentili ad una volta fra loro, sono ancora i gentili di tutte le famiglie di clienti o schiavi fatti liberi, che sono derivate civilmente dalla loro *gens* che serve di genealogia civile. Questi discendenti di clienti o schiavi fatti liberi hanno de'gentili, ma essi non sono gentili di alcuno: riguardo ad essi gli agnati sono ben distinti dai gentili. La loro agnazione è fondata su di un legame comune di potestà paterna, o maritale, a qualunque antichità questa potestà rimonti. La gentilità, alla quale essi son legati è fondata sopra un legame di potestà di patronato, patronato sia di clienti, sia di schiavi fatti liberi, per quanto remoto sia il tempo da che questa potestà ha esistito.

Così il titolo, ed il diritto di gentili apparteneva, secondo noi, ai membri civili di qualunque razza di origine puramente e perpetuamente ingenua, dapprima tra essi; e quindi sulla razza de'clienti, o schiavi fatti liberi, e su tutte le sue diramazioni: razza inferiore, di cui la prima era la *gens*, cioè a dire la genealogia politica, perchè essa aveala generata alla libertà, ed alla vita civile, e le avea dato il suo nome. Per tanto il titolo di *gentilhomme*, *gentiluomo*, *gentilhombre*, *gentleman* è rimasto fin nelle moderne lingue europee, per indicare ciò che dicesi buona nascita, nobile genealogia, sangue puro. La legge in difetto di agnati dava ai gentili l'eredità, e la tutela. Ma questo diritto e questo legame ancora in uso a'tempi di Cicerone, era interamente caduto in disuso al tempo di Gaio (2).

In breve, egli è uopo distinguere tre grandi termini ne'legami di aggregazione civile, o naturale presso i Romani: la famiglia (*familia*), alla quale corrispondono l'agnazione (*agnatio*), ed il titolo di agnati (*agnati*); la *gens* in certo modo generazione, genealogia, alla quale corrispondono la gentilità ed il titolo di gentili (*gentiles*); infine la cognazione (*cognatio*), alla quale corrisponde il titolo di cognati (*cognati*): le due prime sono di diritto quiritario dipendenti da'legami di potestà paterna o maritale, o da'legami di patronato di clien-

(1) In un'altra opinione che più particolarmente indicheremo, gli agnati sarebbero quelli solamente che han vivuto in realtà sottoposti insieme alla potestà d'uno stesso capo (*qui sub unius potestate fuerant*). (2) Tratteremo di questo soggetto più appresso. *Inst. lib. 3. tit. 2.*

ti, o schiavi fatti liberi; la terza è puramente naturale, fondata semplicemente sui legami del sangue, e che non produce alcun effetto civile.

L'affinità in diritto romano (*adfinitas*) è il legame che si stabilisce per le giuste nozze tra ciascuno de'coniugi, ed i cognati dell'altro. Parlando propriamente essa non ha gradi (1); non pertanto si misura come la cognazione, e per mezzo della cognazione. Ogni cognato di uno degli sposi è affine del l'altro nel medesimo grado. L'affinità del pari che la sola cognazione non conferisce posto nè diritto veruno nella famiglia.

19. Diverse significazioni della parola famiglia (*familia*).

Da tutto ciò che precede possiamo ora dedurre le principali significazioni della parola *familia* nel linguaggio del diritto romano.

In una prima, la più ristretta, *familia* dinota il capo, e la moglie ed i figliuoli sottoposti alla potestà di lui;

In una seconda più estesa, *familia* dinota la riunione degli agnati, l'insieme delle diverse famiglie, che sarebbero tutte sotto la potestà di un capo comune, se ancora vivesse. Questa è la vera famiglia del diritto civile;

In una terza la parola *familia* comprende altresì gli schiavi, e quelli che sono in mancipio del capo, quantunque costoro non siano nella famiglia che come cose, senza alcun legame di parentela:

In fine *familia* dinota qualche volta tutti i beni, tutto il patrimonio del capo (2).

20. Modificazione successiva del diritto relativo alla famiglia.

È notevole il quadro di questa degradazione della famiglia romana, della famiglia civile, e del suo ravvicinamento alla famiglia naturale, alla famiglia del sangue.

La gentilità cade in disuso e finisce per divenire un mistero. Il *nexum* e l'*addictio* dell'uomo libero spariscono. La *manus* ed il *mancipium* svaniscono, e non rimangono più che come finzioni per eludere certi rigori dell'antico diritto. Sotto Giustiniano non se ne fa più parola, e fino alla scoverta delle Istituta di Gaio noi non ne avevamo che una nozione erronea. La potestà paterna soggiace a tutte le specie di restrizioni tanto per rapporto ai beni, che per rapporto alla persona; il figlio di famiglia riceve una capacità, di poi una proprietà per lui; la sua persona è stabilita. Intanto il Pretore si dichiara pei parenti del sangue, i cognati; egli tende continuamente per mezzo delle sue istituzioni a dar loro i diritti di famiglia; i senatoconsulti, le costituzioni imperiali, la legislazione di Giustiniano concorrono allo stesso scopo; per le novelle di questo Imperadore le tracce della famiglia romana, e de'suoi antichi effetti sono quasi interamente cancellate. Così successivamente si dileguano dapprima la famiglia politica, di poi la famiglia religiosa, ed in fine la stessa famiglia del diritto civile privato: non vi rimane più altro che la famiglia naturale.

§. IV. — DELLA PERDITA O DEL CAMBIAMENTO DI STATO (*capitis deminutio*) (3).

21. Grande, media, o piccola diminuzione di capo (*maxima, media, minima capitis deminutio*).

I tre elementi che componevano lo stato del cittadino romano (*status, caput*) potevano perdersi per varî avvenimenti.

La perdita della libertà traeva quella degli altri due elementi.

La perdita della cittadinanza traeva

(1) *D. 38. 10. 4. §. 5. fr. Modest.*

(2) Tale è il senso di questa parola nella legge di successione delle Dodici Tavole: *adgnatus proximus familiam habeto — gentilis familiam nancitor.* — V. su queste diverse significazioni l'esposto che ne fa Ulpiano. *Dig. 50. 16. 195. e seg.*

(3) La traduzione letterale di queste parole *capitis deminutio* per queste *diminution de tête* (diminuzione di capo) non è certamente francese, come giudiziosamente l'ha fatto notare il mio collega signor Pellat (*de la propriété, et de l'usufruit* p. 96). Io non pertanto la conserverei come dizione tecnica che ha un colore più locale, del pari che tante altre: *usucapion, usucaper, vindication, condiction* etc. Si verrebbe a travisare la lingua del diritto romano, se si volesse in tutto renderla francese; la lingua delle scienze è tecnica, e così bisogna trattarla.

Secondo Niebuhr *caput* è nel registro de'censori la testa, il titolo del capitolo destinato a ciascuna persona per registrarvi tutti gli elementi della sua condizione; qualunque cambiamento che vi si dovesse fare, perchè questa persona fosse divenuta di peggiore condizione sarebbe una *deminutio capitis* (t. 2. p. 379 nota 494 della traduzione). Quest' ultima parte dell' opinione è certamente troppo generale. Da un lato non vi ha *capitis deminutio* se non quando si tratta di uno degli elementi dello *status*, e dall'altra la condizione non sempre divien peggiore: così il figlio d'un plebeo dato in adozione ad un patrizio è *capite deminutus*, perchè è uscito dalla sua famiglia, per entrare in un' altra, quantunque superiore di condizione alla prima. V. qui appresso *1. 16. de cap. dem.*

quella della famiglia, lasciando sussistere la libertà.

In fine la perdita della famiglia non alterava nè la libertà, nè la cittadinanza.

Nei primi due casi lo stato di cittadino romano era distrutto, non esisteva più (*status amittitur*).

Nel terzo, lo stato di cittadino romano continuava a sussistere, ma era modificato, giacchè si usciva dalla famiglia per entrare in un'altra, o per cominciarne una da se medesimo (*status mutatur*). Si noti bene: quegli che subiva siffatta modificazione di stato, in qualunque modo ciò avvenisse, cambiava sempre in una volta di *famiglia*, di *proprietà*, e di *persona*. Di famiglia, giacchè egli passava da una in un'altra; di proprietà, giacchè in ciascuna famiglia era concentrata una comproprietà distinta; or egli diveniva straniero ad una, e si affiliava ad un'altra; in fine di persona, giacchè in ciascuna famiglia non vi era altra persona giuridica, che quella del capo; or egli lasciava questa persona per identificarsi con un'altra, o per prenderne egli stesso una nuova.

Questi avvenimenti si appellavano tutti e tre *capitis deminutio*, diminuzione di capo: il primo *maxima* la grande; il secondo *media* la media; ed il terzo *minima* la piccola, la minima diminuzione di capo.

CAPITOLO III. — ALTRE CONSIDERAZIONI SULLE PERSONE, PRESCINDENDO DA CIÒ CHE CONCERNE LO STATO (*status*).

22. Indicazione generale.

Oltre lo stato *status*, ed i tre elementi che lo costituiscono, si presentano intorno alle persone delle altre considerazioni, delle altre distinzioni, che senza alterare questo stato, diversificano intanto la loro posizione, e modificano il diritto a loro riguardo.

Queste considerazioni si presentano sia nell'ordine della città, sia nell'ordine fisico.

§. I. — NELL' ORDINE DELLA CITTA'

Quì bisogna collocare ciò che riguarda:

23. La stima, la riputazione (*existimatio*)

L'*existimatio* che è definita da Callistrato: *dignitatis illesae status legibus, ac moribus comprobatus* (1). Essa è l'onore del cittadino romano che è fondato sulle leggi insieme e sui costumi, e che debb'essere intatto, perchè egli abbia la piena attitudine ai diritti civili, tanto nell'ordine pubblico, che nel privato.

La riputazione (*existimatio*) può essere o interamente perduta (*consumitur*), ciò che avviene ogni qualvolta la qualità d'uomo libero è distrutta, o solamente diminuita (*minuitur*) (2).

Le alterazioni della stima si possono ordinare in tre classi:

1. L'infamia (*infamia*) che proviene da due cagioni: o essa colpisce le persone a causa di talune professioni, di taluni atti vergognosi espressamente indicati dalla legge o dall'editto del pretore, e pel solo fatto dell'esistenza di queste professioni, o di questi atti; o è la conseguenza di una condanna incorsa sia per delitti pubblici, sia anche in alcune private liti. Queste persone si chiamano infami (*famosi*, *qui notantur infamia*, o semplicemente *notati*). Molte incapacità di diritto colpivano costoro. Il Digesto di Giustiniano ci presenta un titolo speciale: *de his qui notantur infamia*, dove ci è conservato il testo dell'editto del pretore che contiene l'enumerazione de' casi d'infamia (3). Questa è una materia curiosa come studio della società romana. In questa classe si noverava, secondo tutte le probabilità, colui, i cui beni erano stati venduti in massa da'creditori per causa d'insolvibilità; egli era colpito per questo avvenimento da una deminuzione di capo, da una perdita del suo *caput*, che traeva una disistima, ed una incapacità non sòlamente di opinione, ma di diritto (4), come appo noi pel fallito. Ecco perchè il cittadino romano, che moriva insolvibile aveva tanta premura d'istituire uno de'suoi schiavi per erede forzoso e necessario, affinchè anche dopo la sua morte, la vendita si facesse contro questo schiavo, e non contro la sua memoria.

2. La turpitudine (*turpitudo*), che ha luogo ne'casi, ne' quali quantunque la legge o il pretore non pronunziano l'infamia, pure i costumi più dilicati del diritto scritto imprimono una macchia all'*existimatio*, a cagione della turpitudine della vita (*vitae turpitudo*), o della professione (5). Le incapacità di diritto che ne risultano sono presso

(1) *Dig. 50. 13. 5. §. 1. fr. Callist.*
(2) *Ivi §§. 2. e 3.* (3) *Dig. 3.2.*
(4) *Gai. 2. §. 154.* — V. appresso *2. 19. §. 1. 13. 12. pr.*
(5) *Cod. 12. 1. 2. const. Constant.* — *Dig. 22. 5. 3. pr. fr. Callistrat.*— *37.15 2. fr. Julian.*— *50. 2. 12. fr. Callistrat.* — *Inst. 2. 18.* de inoff. testam. *§. 1.*

a poco le stesse che quelle dell' infamia.

3. La *levis nota*, di cui son macchiati gli schiavi fatti liberi, ed i figli di coloro, che si danno all'arte teatrale (*qui artem ludicram faciunt*), la quale li rendeva incapaci del matrimonio co'senatori o figli di senatori, proibizione poi tolta da Giustiniano; e rendeva l'istituzione d'erede fatta in loro favore attaccabile dai fratelli o sorelle, in pregiudizio de'quali era stata fatta (1).

Un frammento di costituzione di Costantino contiene l'indicazione ben chiara di questi tre gradi di alterazione dell'*existimatio* (2). Intanto le frasi di *personae turpes*, *viles personae* sovente si applicano di una maniera indistinta così agli uni, come agli altri.

L'infamia, la turpitudine, e la nota leggiera possono in certi casi essere cancellate, e l'*existimatio* può essere ristabilita nella sua integrità sì dal senato, dal principe, dal magistrato, e sì ancora qualche volta dal tempo, secondo le occasioni (3).

24. L'ordine, la dignità

La storia e la legislazione della società romana, società d'una organizzazione eminentemente aristocratica soprattutto nella sua origine, e nelle sue prime fasi, ci presentano ovunque le conseguenze della distinzione delle caste e degli ordini, ne' quali i cittadini son distribuiti, delle dignità pubbliche, di cui sono investiti; e noi ne troviamo gli effetti non pure nel diritto politico, ma finanche nel diritto privato, il quale non è in tutt'i punti lo stesso per tutti: Importa quindi seguirne lo svolgimento storico.

25. La professione.

Lo stesso è a dire della professione, che in molti casi spiega la sua azione anche sui diritti privati. Alcune apportavano taluni privilegi, come quelle, che i romani appellavano professioni liberali (*liberalia studia*); perciocchè da essi n'è venuta a noi siffatta denominazione (4); altre al contrario diminuivano l'*existimatio* e per conseguenza i diritti: tali erano quelle che apportavano infamia, o turpitudine. Tra quelli, in favor de'quali il diritto avea ricevuto più modificazioni privilegiate, in considerazione della loro professione, erano i soldati (*milites*), per opposizione a quelli che non erano tali (*pagani*) (5).

26. La religione.

Le differenze nel diritto delle persone, secondo la religione che seguono, hanno cominciamento col Cristianesimo. Quando questo è ancora proscritto e perseguitato, esse son dirette contro i cristiani; quando poi è divenuto la religione dell'impero, esse sono in lor favore. Allora si distinguono anche nell'applicazione del diritto privato: i fedeli cristiani, che sono ortodossi o cattolici (*orthodoxi catholici*), se riconoscono i dogmi de'sinodi ecumenici, ed eretici nel caso contrario (*haeretici*); — e gl'infedeli o non cristiani, tra i quali si distinguono gli apostati (*apostatae*), e i giudei (*judaei*). A ciascuna di queste categorie corrispondono alcune differenze nel diritto; i soli cristiani ortodossi godono della pienezza de'suoi vantaggi; la peggior condizione è quella de'giudei, i quali non hanno che il *commercium* coi cristiani, ma sono esclusi dal *connubium*, e non possono far testimonianza contro di loro, nè esercitare alcuna magistratura.

Il Codice di Teodosio e quello di Giustiniano contengono parecchi titoli su queste classificazioni religiose, e sui loro effetti (6). Negli studî di giurisprudenza presso di noi troppo si trascurano queste parti del diritto romano, tanto importanti segnatamente per la storia e per l'intelligenza di quei tempi.

27. Il domicilio (*domicilium: dove si è incola*) **la città locale** (*dove si è civis, municeps*).

Il domicilio *domicilium* non è altro che la sede legale, la sede giuridica di ogni per-

(1) *Ulp. Reg. tit. 13. e tit. 16. §. 2. — Dig. 23 2. 44. pr. e §. 5. fr. Paul.—40. 11. 5. fr. Modestin.— Cod. 5. 28. 27. const. Constant.*

(2) *Si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspergantur ». Cod. 3, 28, 27, const. Constant.*

(3) *Dig. 3, 1, 1, §§. 9. e 10. fr. Ulp.* V. nondimeno *Cod. 9. 43, 3, const. Valent. Valens et Gratian. Cod. 9. 43. 3. const. Valent. e Grazian. Cod. 9. 51, 7, const. Philip.*

(4) *Dig. 50, 13. 1. pr. fr. Ulp.*

(5) Propriamente borghesi da (*pagus* borgo). Presso noi con un modo più spregevole è indicato col nome di caserma.

(6) Cod. di Teod.; tutto il lib. 16, tit. 1 fino a 11. Segnatamente 1. *de fide Catholica*; 5. *de haereticis*; 7. *de apostatis*; 8. *de Judaeis coelicolis et Samaritanis*; 10. *de paganis sacrificiis et templis*.

Cod. di Giustin.; il l. 1, i dodici primi tit. Segnatamente: 1. *de summa Trinitate et fide catholica*; 5. *de haereticis et Manichaeis et Samaritanis*; 7. *de apostatis*; 9. *de Judaeis et Coelicolis*; 10. *Ne Christianum mancipium haereticus, vel Judaeus vel paganus habeat* etc.; 11. *de paganis et sacrificiis et templis*.

sona (1): sede, ove agli occhi del diritto, e per certe sue applicazioni si reputa che ella si trovi, sia che corporalmente vi dimori, o no. Alla legislazione romana appartiene questa elegante descrizione de'fatti, che rivelano il domicilio: « *Ubi quis larem rerumque et fortunarum suarum summam constituit; unde non discessurus, si nihil avocet; unde cum profectus est peregrinari videtur; quo si rediit peregrinari jam destitit* (2) ». Il domicilio dà alla persona non già la qualità di *civis*, ma quella di *incola* nella città dove si è stabilito (3). Questa materia si lega a quella delle cariche, delle magistrature, e delle giurisdizioni, alle quali si va soggetto (4).

La quistione del domicilio nel diritto romano procede congiuntamente con quella della città locale, alla quale uno appartiene, dove è cittadino, membro del municipio (*cives municeps*) sia per origine, sia per adozione, manomissione o altrimenti. Questa seconda quistione era della più alta importanza, ed era profondamente trattata, quando le città dell'impero non aveano tutte la stessa condizione giuridica, o la distribuzione de'diritti di città, e de'privilegi era differente dall'una all'altra, perchè eravi allora un grande interesse di esser membro piuttosto della tale città, che della tal'altra. Ma dopo la costituzione di Caracalla che rendè cittadini tutti i sudditi dell'impero, in qualunque parte fosse il domicilio, e la città locale, Roma divenne la patria comune « *Roma communi nostra patria est* » dice Modestino (5).

Perchè dunque ricercare ancora se uno appartenga come cittadino alla tale, o' tale altra città? Ciò è necessario in primo luogo per ragione delle pubbliche gravezze, delle cariche municipali, alle quali si rimane sempre obbligato nella propria città locale, indipendentemente da quelle, che si sopportano nel luogo del proprio domicilio. Cariche municipali che ci ricordano la condizione miserabile, nella quale i curiali, ed i decurioni, i primi della città, erano caduti, durante l'ultimo periodo dell'impero. In secondo luogo perchè la costituzione di Caracalla accordando l'eguaglianza di diritti a tutti gli abitanti, non l'avea accordata a tutti i territorii. Noi vedremo che la differenza, quanto al suolo, non fu tolta che sotto Giustiniano.

È dunque mestieri distinguere questi tre punti : Roma patria comune ; la città locale, dove uno è *cives municeps*; e finalmente, quella, dove uno ha il suo domicilio la sua sede giuridica; dove è *incola*.

Il Digesto, ed il Codice di Giustiniano contengono ancora ciascuno un titolo speciale su queste materie (6).

Nel diritto romano non è propriamente alla teoria del domicilio che si riferisce quella

(1) Io per certo non ammetto la definizione di quelli che dicono: il domicilio è il luogo dove una persona ha il suo principale stabilimento: il domicilio non è il luogo, ma nel luogo, come dice perfettamente il nostro codice civile, art. 102 † (107 R. LL. CC.). Ma non ammetto neppure la definizione che generalmente vi si sostituisce: « Il domicilio è la relazione legale che esiste tra una persona, ed il luogo dove ella esercita i suoi diritti.

Questa definizione, per essere troppo assoluta, non definisce niente. Ogni diritto consiste in una relazione sia di persona a persona, sia, di persona a cosa.

Allo stesso modo che la legge, come appresso vedremo, crea delle persone e delle cose, che non esistono materialmente, crea pure de'fatti che reputa esistenti, sia che esistano realmente, o no. Il domicilio è uno di questi fatti. La legge, posti alcuni dati, suppone, per l'esercizio di alcuni diritti, che una persona si trovi nel tal luogo. Questa supposizione legale può essere a riguardo della stessa persona moltiplice, ed attaccata a diversi luoghi, secondo che si tratta del tale, o tal'altro diritto; per esempio de'diritti civili, o de'diritti politici in generale, ovvero di un dato diritto civile in particolare, come il matrimonio, l'esecuzione di un dato contratto, l'azione per una data obbligazione, o diritto reale: o di un diritto politico speciale, come quelli di elezione, o eligibilità municipale, o dipartimentale. Di maniera che la stessa persona sarà riputata trovarsi sempre nel tal luogo per l'esercizio del tale diritto, e nel tal'altro luogo per l'esercizio di un altro diritto. I dati, sui quali la legge fonda questa supposizione, possono variare secondo i diversi diritti, ai quali si applica. Questi dati possono essere l'origine di nascita, lo stabilimento principale, un certo tempo di residenza, la convenzione delle parti, il pagamento delle contribuzioni, le semplici dichiarazioni ecc.

In somma si vede che il domicilio è in diritto ciò che la residenza è in fatto. Il domicilio nella sua nozione più semplice e vera « è la sede legale, « la sede giuridica di una persona, per l'esercizio di taluni dritti » ; o se si vuole, in altri termini: « la sede, la dimora, che una persona, agli occhi della legge, è riputata di aver sempre per l'esercizio di taluni diritti ».

(2) *C. 10, 39, 7, const. Dioclet. et Maxim.*

(3) « *Cives quidem origo, manumissio, allectio vel adoptio; incolas vero (sicut et Divus Hadrianus edicto suo manifestissime declaravit) domicilium facit* » (Ivi).

(4) *Dig. 50, 1, 29, fr. Gai. — C. 10, 39, 5, e 6, constit. Dioclet. et Maxim.*

(5) *Dig. 51, 1, 33. Modestin.*

(6) *Dig. 30. 1. Ad municipalem et de incolis*-- *Cod. 10. 39 — De incolis, et ubi quis domicilium habere videtur, et de his qui studiorum causa in aliena civitate degunt.*

dell'assenza, la quale per altro non vi è organizzata come presso noi, non vi porta la stessa idea, e si prende talvolta in un senso, e talvolta in un altro (1).

§. II. — NELL'ORDINE FISICO

Quì dee collocarsi ciò che concerne

28. Il sesso:

Che produce sì notevoli differenze di diritto, sia nell'ordine pubblico, dal quale le donne ne'tempi antichi come ne'moderni sono interamente escluse, sia nell'ordine privato, dove la loro condizione divien migliore per lo svolgimento della civiltà sociale. Nel diritto primitivo de' romani, sotto la potestà del padre, o sotto la mano del marito, erano proprietà di un altro; e quando le concomitanze le aveano rendute *sui juris*, *matres familias*, poste sotto una tutela perpetua, sotto la vigilanza de'loro agnati, non avendo mai potestà sui loro figli, esse cominciavano una famiglia, dove non era loro conceduto il pieno e libero esercizio de'loro diritti, e che si estingueva con loro: *Mulier autem familiae suae et caput, et finis est*, dicea Ulpiano con eleganza e concisione (2).

Sono da studiarsi a tal proposito i rigiri, e le finzioni, che i costumi giudiziari misero a disposizione delle donne romane, per sottrarle al rigore del diritto civile. La tutela perpetua, alla quale elleno erano sottoposte, cominciò ad infievolirsi fin dai tempi della repubblica: «I nostri maggiori, dice Cicerone, vollero che tutte le donne fossero sotto il potere de'tutori; i giureconsulti inventarono delle specie di tutori, che si trovarono in potere delle donne (3); » ed in fine passò totalmente in disuso.

Sotto la legislazione di Giustiniano il carattere antico andiede perduto; ma si trovano ancora parecchie distinzioni legali tra gli uomini, e le donne; la loro pubertà arriva più presto, ed il loro diritto in alcuni casi è più favorevole, in altri meno.

I giureconsulti discutono a tal proposito sugli ermafroditi (*hermaphroditus*), cioè coloro, il cui sesso è incerto, ma che anticamente si consideravano riunire i due generi nel tempo stesso. La decisione è che debbono essere considerati del sesso che in essi predomina (4).

29. L'età:

Il diritto romano seguendo a passo a passo l'andamento della natura, avea fatto una scala delle età, variando la capacità del pari che i mezzi di protezione di grado in grado. Ma nella sua durezza, e nel suo materialismo primitivo, per la valutazione di questo svolgimento dell'uomo, erasi attenuto a due fenomeni della natura fisica: la parola, e la potenza generatrice: la parola, perchè gli atti del diritto quiritario si compivano col mezzo di formole consacrate, di termini sacramentali, che le parti doveano pronunziare da se stesse; chi non parla è materialmente incapace di tali atti, e niun altro può farli per lui: la potenza generatrice, perchè essa è la condizione materiale e fisica del matrimonio. La tendenza della giurisprudenza, del diritto pretorio, e finalmente del diritto imperiale fu di sostituire, o per lo meno porre a lato di queste considerazioni tutte materiali, una valutazione più intellettuale, tratta non dallo svolgimento corporale, ma dal morale. Per questo modo ebbero origine, e si distinsero i diversi periodi che seguono.

Dapprima l'*infanzia* periodo indeterminato, ma molto breve; il cui limite dipende da un fatto materiale, la parola; il quale non comprende più che i due primi anni, nei quali l'uomo non parla ancora. L'uomo in questo periodo è *infans*, che non parla, *qui fari non potest*, dice il giureconsulto (5): ecco la condizione, alla quale il diritto primitivo s'attiene; non potendo l'*infans* pronunziare le parole sacramentali, le formole consacrate degli atti del diritto civile, nè alcun altro cittadino in sua vece, per lui vi ha impossibilità, che questi atti si compiano; bisogna aspettare, o provvedere in altro modo. Più tardi la giurisprudenza si attiene ad una considerazione meno materiale, più intellettuale; il fanciullo è considerato come mancante di ogni intelligenza delle cose serie (*nullum intellectum*).

In secondo luogo *l'età superiore all'infanzia*: dal punto che la facoltà di parlare è ve-

(1) *V. Dig. 4, 6. Ex quibus causis majores in integrum restituantur — 50, 16, 173, fr. Ulp. — « Qui extra continentia urbis est, abest. » — Ivi 199, fr. Ulp. « Absentem accipere debemus eum qui non est in eo loco, in quo loco petitur» —50. 17, 124, fr. Paul. — C. 7, 33, 12 constit. Just.*

(2) *Dig. 50, 16, 195* §. *5. fr. Ulp.*

(3) *Cicer. pro Murena XII. 27.* V. appresso l'esposizione di questi sottili procedimenti, lib. 1. alla fine del tit. 22. *Della tutela delle donne.*

(4) *Dig. 1, 5, 10 fr. Ulp.— 22, 5, 15,* §. *1, f. Paul.* (5) *Dig. 26. 7. 1.* §. *2, fr. Ulp.*

nuta, fino alla pubertà. Quì l'uomo può parlare, può profferire le formole giuridiche. Non pertanto non vi è ancora in lui, pel compimento degli atti del diritto civile la persona che questo diritto richiede, quella del cittadino pubere. Per far sorgere in lui questa persona, per sopperire a ciò che gli manca, sotto questo rapporto, se egli è *sui juris*, un altro cittadino pubere, il suo tutore s'aggiungerà a lui; questi aumenterà, e compirà la persona di lui (*auctoritatem praestare*; *auctor fieri* parole che hanno avuto significazioni diverse e applicazioni svariate, ma la radice comune è sempre *augere* aumentare): l'impubere pronuncierà le parole consacrate, il tutore interverrà come *auctor*; e così tutte e due potranno compiere gli atti del diritto civile. La giurisprudenza filosofica ponendo a lato di questa considerazione tutta materiale quella dello svolgimento morale, suddivide questo periodo in due parti: *l'età più vicina all'infanzia, che alla pubertà*; l'uomo allora è *infanti proximus*, o in senso inverso *più vicina alla pubertà che all'infanzia*, egli è *pubertati proximus*. Suddivisione intermedia, il cui punto d'intersezione è indeterminato, come quello de'due termini a'quali serve di mezzo. Nondimeno la tendenza de' giureconsulti è di fissarlo a sette anni.

La giurisprudenza, analizzando intellettualmente la situazione, assimila sotto tal rapporto, presso a poco, l'*infanti proximus* all'*infans*; mentre che del *pubertati proximus*, cioè di colui che è giunto all'età di sette anni in circa, ci dice che egli ha di già qualche intelligenza degli affari di diritto (*aliquem intellectum habent*), ma non già il giudizio (*animi judicium*); dal che essa deduce per questa età talune capacità meno materiali di quella del profferimento delle formole. In fine, al tempo del basso impero, una costituzione di Teodosio sul soggetto dell'accettazione delle eredità materne, sembra compiere l'assimilazione del minore di sette anni all'*infans*, senza esaminare se la parola gli sia venuta più o meno precocemente, più o meno tardivamente (*sive maturius, sive tardius filius fandi sumat auspicia* (1); ed in seguito di questa costituzione gl' interpetri del diritto romano hanno preso a chiamare *infans* non più colui che non parla ancora, ma il minore di sette anni.

In terzo luogo *la pubertà*: periodo, il cui cominciamento è del pari indeterminato, che segue lo sviluppo corporale di ciascuna persona, e dipende da un fatto materiale, la facoltà generatrice. I giureconsulti, per ragion di decenza, sono giunti a fissarne la prima epoca per le donne ad un'età precisa, quella di dodici anni. La loro tendenza è pure di fissarla per gli uomini a quattordici anni, termine, che Giustiniano adotta e legislativamente stabilisce. L'uomo dicesi *impubes* prima di quest'età e *pubes* dal momento che vi è giunto. La pubertà traeva nel tempo stesso e la capacità di contrarre giuste nozze, e la fine della tutela per gli uomini; perchè allora si aveva già quella persona del cittadino romano pubere richiesta per gli atti del diritto civile, si avea, secondo la giurisprudenza, intelligenza e giudizio.

In quarto luogo *l'età maggiore di venticinque anni*: periodo introdotto dal diritto pretorio in considerazione del pieno svolgimento morale. Al di sotto di questa età il pretore accordava al pubere una protezione speciale con taluni rimedî pretorî, per garentirlo contro le dannose conseguenze della precoce capacità, che il diritto civile gli attribuiva; ma, dopo compiuta l'età di venticinque anni, l'uomo era riputato, anche agli occhi del diritto pretorio, aver acquistata tutta la maturità del giudizio, e non potea più essere restituito contro i suoi atti, per benefizio del pretore, salvo se ciò non fosse per estraordinarie cagioni.

In fine *la vecchiezza* (*senectus*), alla quale il diritto romano non avea segnato alcun termine generale e preciso, ma che per la esenzione da pubblici carichi avea luogo a settant'anni compiuti (2). Materia che i giureconsulti fan dominare da questo principio: *Semper in civitate nostra senectus venerabilis* (3).

Le voci maggiore (*major*) e minore (*minor*) non aveano nel diritto romano un senso assoluto come appo noi; esse erano rimaste nello stato di comparativi, che richiedevano il loro complemento: minore di tanti anni. Nondimeno adoperate qualche volta sole, comechè di rado, indicavano il maggiore ed il minore di venticinque anni.

(1) *Cod. Theod. 8, 18. De maternis bonis.... et cretione sublata. 8, constit. Arcad. Honor. et Theod.*

(2) *Dig. 27. 1. 2, pr. fr. Modest. — 50. 6. 3. fr. Ulp. — C. 5. 68. 1. const. Sever. et Anton. 10. 31. 10. const. Dioclet. et Maxim.*

(3) *Dig. 50. 5. 6. pr. fr. Callistr.*

30. Le alterazioni corporali, o morali

Le alterazioni corporali hanno in molti casi un'influenza sul diritto, esse possano portare alcune incapacità, o alcune esenzioni. Ciò ha luogo per esempio, per gl'impotenti (*spadones*), pe'castrati (*castrati*), pe'sordi (*surdi*), pe'muti (*muti*) o sordi-muti (*surdi et muti*), ed altresì per quelli che sono afflitti da una infermità perpetua (*qui perpetuo morbo laborant*).

Lo stesso è per le alterazioni mentali; il diritto romano a questo proposito pare, quantunque in modo poco preciso, che distingua i furiosi (*furiosi*), quelli la cui intelligenza è alienata, o i matti (*mente capti*) quelli ne'quali manca la intelligenza, o gli imbecilli (*dementes*), ed il prodigo (*prodigus*); a queste alterazioni del morale si riferisce ancora la curatela.

CAPITOLO IV. — DELLA CAPACITA' DELLE PERSONE.

31.

Da tutto ciò che precede si vede, che la capacità delle persone, cioè la loro attitudine légale sia pei diritti in se stessi, sia per l'esercizio di essi, dipende da un gran numero di combinazioni, subisce l'influenza di un gran numero di circostanze, e si divide in più gradi. Il nostro dotto collega il signor Blondeau ha profondamente esaminata la materia ed ha fondata, il primo, sui differenti gradi di capacità una particolare classificazione delle persone (1).

32. La tutela (*tutela*); la curatela (*cura*).

Ne'casi in cui la legge riconosce, o stabilisce un'incapacità, per l'esercizio de'diritti, essa dee farsi incontro con una protezione giuridica. Questo è un principio d'umanità. Ma il diritto civile de'romani, nella sua origine, ha ben altra impronta; la proprietà è concentrata in ciascuna aggregazione di famiglia; si dee impedire la perdita di questo patrimonio dell'aggregazione; ed ai membri, che ne fan parte, se ne confida la missione tanto per la difesa del loro diritto, che per la protezione dell'incapace. Più tardi, quando il diritto è passato allo stato filosofico, l'idea di protezione diviene dominante.

Così alla quistione del sesso, dell'età, e delle alterazioni del morale si rannoda la teoria della tutela, e quella della curatela. Benvero per le persone *sui juris* soltanto; perchè quelle, che sono sotto l'altrui potestà, essendo la proprietà stessa del capo di famiglia, non han bisogno d'alcun altra protezione.

Vi ha tra la tutela e la curatela, considerate secondo i casi che regolano, la seguente distinzione.

La tutela ha luogo per le cause generali d'incapacità, per le quali la persona richiesta dal diritto civile, per lo compimento degli atti giuridici, non esiste che imperfettamente (queste cause erano l'età d'impubertà, ed anticamente il sesso feminile). La curatela al contrario si applica per le cause particolari d'incapacità accidentale, che possono colpire una persona, e non un'altra, le quali fanno sì che questa persona, quantunque capace degli atti giuridici, secondo la regola generale del diritto civile, pure, per una eccezione che le è personale, abbia bisogno che si vegli a'suoi interessi.

Da ciò la differenza fondamentale tra le funzioni del tutore, incaricato di compiere la persona incompleta (*auctor fieri*) e quelle del curatore incaricato d'invigilare agli affari (*curare*). Da ciò ancora questa regola: il tutore si dà alla persona; il curatore ai beni.

Le funzioni stesse del tutore seguono nella loro indole, e nelle loro modificazioni i gradi dell'età. Esse son altre, durante il periodo dell'infanzia quando il pupillo non può parlare, ed altre, quando è divenuto capace di profferire le parole solenni delle formole giuridiche.

CAPITOLO V. — PERSONE DI CREAZIONE GIURIDICA.

33. Popolo; Curie; Magistratura; Tesoro pubblico; Eredità; Peculio; Corporazioni etc.

Il popolo (*populus*) o la repubblica (*respublica*); posteriormente il principe considerato non nella sua persona individuale, ma nella sua qualità (1); ogni magistratura considerata allo stesso modo (2), i municipî (*municipio*) o altre città; le curie delle diverse città (*curiae*); il tesoro del popolo (*aerarium*), al quale si aggiugne più tardi quello del principe (*fiscus*), che alla fine as-

(1) Blondeau *Tableaux synoptiques du droit romain. Paris, 1818 in 4.* — 3. tavola generale.

(1) *Dig. 4, 2, 9, §. 1, fr. Ulp. — 34, 2, 36, e 37, fr. Gai.* (2) *Dig. 33, 1, 20, §. 1, fr. Scaev.*

sorbisce il primo; l'eredità giacente (*hereditas jacens*), cioè che non ancora è stata acquistata da alcun erede, e che presso i romani, fino a siffatto acquisto, porta la maschera del defunto (*personam defuncti sustinet*) (1); il peculio che secondo l'espressione di Papirio Frontone è simile ad un uomo (2); i tempii e i diversi collegi di pontefici pagani; le chiese e i diversi ordini del clero cristiano che succedono nel loro posto; i conventi, gli ospizii e gli stabilimenti pii (3), in una parola tutte le comunità, università, collegi, corporazioni (*universitas*, *corpus*, *collegium*) formano altrettante persone astratte, le quali non esistono, che per la creazione del diritto, ma che al pari delle persone individuali, possono essere il soggetto attivo, o passivo de' diritti.

Noi ci limiteremo a notare quel principio generale, e di diritto pubblico, che non era stato trascurato dalla legislazione romana, a riguardo delle università, collegi, o corporazioni: ed è che la loro formazione non è cosa di facoltà privata; niuna corporazione può a suo grado stabilirsi, ed attribuirsi così nello stato una persona legale, e giuridica. La loro esistenza, sia per la fondazione, sia per lo scioglimento, dee sempre dipendere dal pubblico potere. Presso i romani ogni corporazione dovea essere specialmente autorizzata da una legge, da un Senato-consulto, o da una costituzione imperiale (4). Di più si richiedeva il concorso di tre persone almeno per la fondazione, ma non già per la loro continuazione (5); i membri si appellavano *sodales*.

Noi richiameremo ancora l'attenzione sulla teoria giuridica del fisco, come quella che con cura particolare fu trattata dai romani giureconsulti (6).

CAPITOLO VI. — FINE DELL'ESISTENZA DELLE PERSONE.

24.

Le persone individuali finiscono per la morte, o anche per un'estinzione puramente giuridica: la *perdita* della libertà; perchè, pel diritto romano, in colui che è divenuto schiavo non vi è più persona, almeno nell'origine del diritto romano, e a riguardo del diritto di proprietà del padrone sullo schiavo. È importante fissare il punto in cui ciò avviene; il diritto dee a tal riguardo determinare su chi cade il carico della pruova, e, nel caso di dubbio, quali sono le presunzioni da adottare (7).

Ma qui è a notare un importante fenomeno giuridico. L'individuo muore, ma la persona ch'era in lui non finisce. Essendo creazione del diritto civile non può perire per una morte materiale.

Come l'anima che si separa dal corpo per andare, come dicono alcuni filosofi, ad animare altri esseri, allo stesso modo, (ma con più certezza nell'ordine legislativo romano) la persona giuridica, si sprigiona con l'ultimo respiro del morente, per protraersi in altri individui. Ella finisce quì, ma ricomincia altrove. La maschera giuridica è caduta da un volto, la legge la ripone su di un altro.

Quanto alle persone di pura creazione legislativa: essendo generate dal diritto, finiscono nello stesso modo che nascono. L'esistenza delle università, delle corporazioni è sempre nel potere della legge, che può pronunziarne lo scioglimento. Esse finiscono altresì col conseguimento dello scopo, per cui erano state formate, o coi membri che le componevano, quando non ne rimane più alcuno.

(1) *Dig. 41, 1, 34, fr. Ulp.*

(2) « *Peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur; et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat peculium simile esse homini* ». *(Dig. 15, 1, 40 pr. f. Marcian).*

(3) *C. 1. 2. De sacrosanctis Ecclesiis 22 const. Justinian. — 1, 5, de episcop. et cler. 28, const. Leon.*

(4) *Dig. 3. 4. Quod cuiuscumque universitatis nomine, vel contra eam agatur 1, pr. fr. Gai — 47, 22, de collegiis et corporibus.*

(5) *Dig. 50, 16, 85. fr. Marcell.—3, 4, 7, §. 2, fr. Ulp.*

(6) *Paul. Rec. Sent. lib. 5, tit. 12 — Fragm. veteris juriscons. de jure fisci — C. Theod. 10, 1. — Dig. 49, 14. — C. Just. 10, 1.*

(7) V. segnatamente per quest'ultimo soggetto *D. 34, 5, 9, fr. Tryphon.*

TITOLO SECONDO — DELLE COSE

CAPITOLO I. — NOZIONI COSTITUTIVE

25. Idea generale delle cose.

Cosa (*res*) anche in diritto è una parola arrendevole, che si presta con una maravigliosa facilità ai bisogni o ai capricci indeterminati della lingua. Per noi importa di conoscere il suo vero senso legale, la sua idea giuridica.

Come la parola persona (*persona*) indica in diritto ogni essere capace di divenire il subbietto attivo, o passivo de'diritti, così la parola cosa (*res*) indica tutto ciò che è tenuto per idoneo a formare l'obbietto de'diritti (1). Ed in questa condizione si trova tutto ciò che l'uomo dominatore universale ha potuto riguardare come sottoposto, o per lo meno come destinato ai suoi bisogni ed ai suoi piaceri; perchè in sostanza lo scopo finale ch'ei si propone nell'esercizio de'diritti è la soddisfazione de'suoi bisogni e de'suoi piaceri nell'ordine fisico e nell'ordine morale de'bisogni, o de'piaceri ragionevoli dell'uomo.

Diciamo tutto; perocchè non vi sono solo compresi i corpi fisici e materiali. In fatti, come vi sono delle persone di pura creazione giuridica, così vi sono delle cose, che non esistono nella natura, e che solo il diritto ha create. Il diritto per la sua forza d'astrazione genera le cose egualmente bene che le persone.

In fine se il diritto innalza talvolta degli oggetti puramente materiali al grado di persone, talvolta per reciprocanza abbassa l'uomo alla condizione delle cose; tali sono gli schiavi, uomini decaduti, sottoposti, consacrati ai bisogni di altri uomini, che, nel rapporto tra il padrone e lo schiavo, non possono essere il subbietto, ma soltanto l'obbietto de'diritti.

Si confronti ciò che ora abbiam detto sulle cose con quello, che di già abbiamo detto sulle persone (*più sopra pag. 5.*), e si vedrà che vi ha perfetto parallelo.

I giureconsulti romani non han data al certo delle cose la definizione larga e filosofica, che noi ne diamo, e che comprende tra esse *tutto ciò che può essere l'obbietto di un diritto*: non solamente gli obbietti corporali, ma ancora i fatti, lo stato delle persone nelle sue diverse condizioni, ed in generale tutti i diritti. Essi dapprima compresero sotto il nome di cose (*res*) gli obbietti corporali, che potendo essere d'un utilità qualunque all'uomo, possono formare per lui l'obbietto di un diritto; ma in seguito lo estesero al di là di questa sfera anche alle astrazioni, alle cose di pura creazione giuridica.

CAPITOLO II. — CLASSIFICAZIONE DELLE COSE.

26. Estremi sotto i quali possono ordinarsi le principali divisioni delle cose.

Il diritto non ha le stesse regole per tutte le cose; bisogna fare in esse non poche distinzioni: da ciò molte divisioni. I giureconsulti romani aveano procurato di determinarle. Si trova nel Digesto, e nelle Istituta di Giustiniano un titolo speciale su tal soggetto (2). Ma la classificazione romana non avea abbracciato tutto. Il diritto romano in più occasioni tenea conto di alcune notevoli differenze tra le cose, e non per tanto non le avea positivamente formolate in una divisione metodica, e dottrinale. Noi suppliremo ciò che manca al metodo, senz'alterare la fisonomia romana.

L'essenziale è di ben distinguere sotto qual rapporto ciascuna di queste divisioni è stabilita, per non farle inopportunamente ricader l'una nell'altra.

La creazione delle cose; — la religione; — la città; — il proprietario; — la loro natura fisica, o giuridica; — e la loro composizione o aggregazione. Tali sono i termini de'rapporti, sotto i quali crediamo doverle disporre, e tale è l'ordine, nel quale le esamineremo.

(1) V. più sopra pag. 5. e seg.
(2) *Gai Inst. 2. §. 1. a 17. — Dig. 1. 8. de divisione rerum et qualitate — Inst. 2. De rerum divisione.*

§. I. — RELATIVAMENTE ALLA LORO CREAZIONE.

37. Cose corporali, o incorporali.

Le cose sono o di creazione naturale, o di creazione giuridica; la divisione stabilita dal diritto romano su questa base è quella delle cose corporali (*res corporales*) e delle cose incorporali (*res incorporales*). Le prime son quelle che esistono realmente; tali sono i corpi fisici, che cadono sotto i nostri sensi, almeno per quanto è possibile alla potenza de' nostri organi aiutata dall'arte: *quae tangi possunt* secondo la frase romana (1).

Tra le cose corporali va compreso l'uomo schiavo considerato nel rapporto di proprietà del padrone su lui, quantunque egli non sia *cosa* che per la creazione del diritto.

Le seconde non sono che astrazioni, le quali non cadono sotto i sensi, e non si concepiscono, che dallo spirito, dall'intelligenza. Tutto ciò che consiste in un diritto (*quae in jure consistunt*): come i diritti di eredità, di servitù, di usufrutto, d'obbligazione (2). Essi sono annoverati fra le cose, perchè possono essere considerati come obbietti convenzionali, obbietti giuridici sottoposti, o destinati all'uomo, e de'quali può disporre: per modo che questi diritti possono alla lor volta diventar l'obbietto di altri diritti.

Se a questa generale indicazione si volesse connettere la teoria particolare di tutto ciò che è cosa incorporale, bisognerebbe allogar qui successivamente tutti i diritti, perchè tutti appartengono a questa divisione, ed in tal modo lo studio delle cose incorporali si confonderebbe con quello de' diritti.

La distinzione delle cose corporali, ed incorporali non è quella, che il metodo romano pone in principio della sua classificazione; ma la logica richiedeva, che si mostrasse dapprima la generazione delle cose, e poi si passasse alle altre loro divisioni.

§. II. — RELATIVAMENTE ALLA RELIGIONE.

38. Cose di diritto divino (*res divini juris*), **e cose di diritto umano** (*res humani juris*).

In prima la religione.

Cose di diritto divino, cose di diritto umano: questa è, dice Gaio, la principale divisione delle cose (*summa rerum divisio*). Per ben comprenderne l'importanza, egli è mestieri penetrarsi dell'unione intima della religione col diritto civile de'romani; del carattere sacerdotale di questo diritto primitivo, sì nelle sue pubbliche istituzioni, come nelle private.

Tra le cose di diritto divino si annoverano:

Le cose sacre (*res sacrae*) cioè consacrate col rito religioso, e sotto l'autorità legale agli Dei superiori, agli Dei del cielo;

Le cose religiose (*res religiosae*) abbandonate agli Dei inferiori, agli Dei mani: come le tombe, la terra dove è seppellito un morto;

In fine le cose sante (*res sanctae*), le quali non sono di diritto divino, che per assimilazione (*quodammodo iuris divini sunt*), ed il cui carattere costitutivo è d'essere protette contro l'ingiuria degli uomini da una sanzione pubblica e penale (3): come le mura, le porte della città.

Il sepolcro del nemico non è religioso (4): pure è tale quello dello schiavo! (5). Una cosa di diritto divino caduta in mano del nemico è profanata; il suo carattere divino più non esiste; esso non rinascerà che quando sarà riconquistata (6): ecco quali massime avea Roma!

È questo il luogo di annoverare la teoria delle cose sacre di ciascuna famiglia (*sacra familiae*, *sacra gentis*); con obbligazione a' sacrifizii; culto privato, culto di domestici lari, sul quale mancano i documenti, e che forma il legame religioso della famiglia, e si trasmette da eredità in eredità.

Da ultimo è uopo seguire le modificazioni arrecate in queste teorie legislative, e ne'costumi dal decadimento del paganesimo, dal suo rovesciamento, e dall'elevazione del Cristianesimo, che gli succede.

§. III. — RELATIVAMENTE ALLA CITTA'

39. Diritto di città, idea del *commercium* **applicabili alle cose come alle persone.**

Dopo la religione, la città: un intimo legame unisce questi due ordini d'idee nella legislazione di Roma.

Quel privilegio esclusivo e geloso della città di Roma, il quale solo produce l'atti-

(1) *Gai* 2. §. *12 e 14.* — *Dig. 1. 8. 1,* §. *1, f. Gai.* (2) *Ivi.*

(3) Dal verbo *sancire*, *sanctum* sanzionare, garentire.

(4) *Dig. 47. 12. 4. fr. Paul.*

(5) *Dig. 11, 7, 2, pr. fr. Ulp.*

(6) *Dig. 11, 7, 36, fr. Pomp.*

tudine al diritto civile romano, dal quale rigorosamente si esclude tutto ciò che è straniero, quel privilegio non si limita solo alle persone, ma si estende parimenti alle cose.

Se vi sono delle persone straniere, vi son pure delle cose straniere.

La peregrinità è così per le une come alle altre (1). Vi ha una capacità del diritto civile per le cose, come per le persone: capacità per le une di essere l'obbietto del diritto civile, per le altre di esserne il subietto.

L'elemento del *ius civitatis*, il quale si comunica sì alle cose come alle persone, è, per tralasciar tutto ciò che appartiene esclusivamente all'ordine politico, e per occuparci dell'ordine privato solamente, è il *commercium* nel suo senso più esteso: perocchè pel commercio si richiedono ad un tempo le persone, e le cose. Per le persone capacità civile di fare le transazioni, gli acquisti, le trasmissioni, le alienazioni del diritto civile romano: per le cose, capacità civile di esserne l'obietto.

40. Suolo romano *(ager romanus)*; **suolo italico o godente del privilegio romano** *(italicum solum)*; **e suolo provinciale o straniero** *(solum provinciale)*.

Da ciò proviene una distinzione che si trova da per tutto nella storia, e nella legislazione romana; distinzione che noi comunemente trascuriamo ne' nostri studii classici su questo diritto, perchè essa non è formolata in classificazione precisa dai giureconsulti, ma che importa di mettere in veduta, perchè la sua conoscenza sola può spiegare un gran numero di istituzioni rimaste oscure, per averne conservate le vestigia: la distinzione tra il suolo godente del diritto civile, suscettivo per conseguenza della proprietà romana, e de'diversi atti del diritto civile, che questa proprietà comporta; ed il suolo fuori il diritto civile.

Quì si presentano degli studii correlativi a quelli fatti sulle persone considerate quanto alla loro ammissione al godimento del diritto civile; cioè quanto alla comunicazione, che loro si fa del diritto di cittadinanza, e de'suoi smembramenti. Gli stessi studî debbono esser ripetuti in quanto alle cose, distinguendo accuratamente in queste concessioni ciò che era personale da ciò che era territoriale.

In questo senso si presenta da prima l'*ager romanus* (2); il campo, il suolo, il territorio romano; il campo del diritto civile, il solo che sia suscettivo dell'applicazione del diritto romano, come i figli di Roma solamente sono i cittadini dell'impero. Invano Roma di conquista in conquista invade il mondo, ed allarga i confini della sua dominazione, il campo romano rimane qual'era ne'primi anni dopo il suo originario ingrandimento, e la tradizione perpetuandosi a traverso delle nuove razze sopravvenute, delle civiltà, e delle lingue, mostra anche oggidì al viaggiatore moderno ciò che il figlio del popolo continua ad appellare col suo antico nome l'*agro romano*.

Si comunica soltanto ad altri territorii il privilegio dell'agro romano, alla stessa guisa che le concessioni di favore comunicano agli abitanti d'altre città il privilegio della romana cittadinanza.

Così gradatamente, qualche volta di buon grado, tal altra per la forza delle armi si succedono le concessioni del *commercium*, del diritto civile territoriale al suolo delle colonie, a quello del Lazio, a quello dell'Italia; a quello de'municipii fuori d'Italia.

Il termine più esteso, e più favorito, al quale si fermano, è il suolo italico (*italicum solum*) (3) assimilato per l'applicazione del diritto civile al territorio romano (*ager romanus*); donde il diritto italico, privilegio principalmente territoriale tanto nell'ordine pubblico, che nell'ordine privato. Se si vuole andar oltre, passare i confini dell'Italia, concedere un simile favore a territorii, o città fuori di questi confini, si assimila il loro suolo al suolo italico, si concede più o meno largamente il *jus Italicum*.

In una condizione inferiore sì nell'ordine pubblico, che nel privato è il suolo delle province (*provinciale solum*) (4), quello in favor del quale non si è fatta alcuna concessione eccezionale, e che è restato affatto privo del diritto civile romano.

Il diritto nel suo andamento progressivo verso un carattere più generale, e più filosofico, ma meno cittadino, piuttosto che distruggere queste differenze, ha trovato de'rigiri, de' procedimenti indiretti, per prevenirne gli effetti.

La costituzione di Caracalla, che diede a tutti i sudditi dell'impero il diritto di citta-

(1) *Sintne ista praedia censui censenda* (dice Cicerone *pro Flacco*, §. *32*), *habeant jus civile, necne res mancipi?* »

(2) Varrone *de lingua latina v. 33, e 35.*

(3) *Ulp. Reg. 19*, §. *1.* — *Inst. 2. 6, pr.* — *2, 8. pr.* (4) *Gai. 2*, §§. *7, 27, 31, 46 etc.*

dinanza, non diede a tutti i territorii l'attitudine al diritto civile. Elevando tutte le persone, non elevò tutti i territorii alla medesima condizione civica.

Giustiniano fu il primo, che abolì ogni differenza di diritto civile tra il suolo d'Italia, e quello delle province (1).

Questa distinzione di cose è una distinzione tutta territoriale, la quale si applica agl'immobili, e non già ai mobili. La mobilità, la necessità di trasporto delle cose mobili non comporta siffatta soggezione alla legge territoriale. I mobili proprietà del cittadino romano seguono la persona, e non il suolo; il loro trasporto da un luogo all'altro non li sottrae al diritto civile.

41. Cose *mancipi*, e cose *nec mancipi*.

Questa è un'antica distinzione, la quale, secondo noi, esisteva al tempo delle Dodici Tavole (2).

Essa indubitatamente si lega al dritto civile, al diritto della città; non già nel senso che ogni cosa ammessa alla partecipazione del diritto civile romano sia *res mancipi*, e che tal denominazione sia per conseguenza sinonimo di *cosa del diritto civile*. Ma nel senso che, per essere una cosa *res mancipi*, è mestieri innanzi tutto che partecipi al diritto civile. Quindi prima di tutto ogni cosa indistintamente che è fuori di questo diritto è *res nec mancipi*.

Ma inoltre tra le cose stesse, che la sfera del diritto civile romano abbraccia, alcune sono *mancipi*, altre *nec mancipi*. Adunque le cose mancipi non sono che una determinata classe, una classe a parte tra tutte le cose del diritto civile. Per esse la proprietà romana riceve un carattere non già differente, ma in certa guisa più indelebile; essa si acquista e si perde con più difficoltà.

Così in primo luogo l'accordo delle parti e la sola tradizione sono insufficienti a trasferire da un cittadino all'altro il dominio delle cose *mancipi*. È mestieri, se si vuol ottenere quest'effetto, aver ricorso ad un atto giuridico, e sacramentale, la mancipazione, (*mancipium* più tardi *mancipatio*) con un simbolo, delle formole consacrate, e l'assistenza pubblica d'un certo numero di cittadini. Le cose *nec mancipi* al contrario non sono suscettive di quest'atto giuridico, la semplice tradizione basta per trasferirne il dominio (3).

In secondo luogo l'alienazione delle cose *mancipi* non è permessa in tutti i casi, in cui quella delle cose *nec mancipi* si può fare. Così la legge delle Dodici Tavole proibisce alla donna posta sotto la tutela degli agnati l'alienazione delle cose *mancipi* senza l'autorizzazione del suo tutore: siffatte cose non usciranno dal dominio della famiglia, se non quando gli agnati vi consentano; mentre che l'alienazione delle cose *nec mancipi* è permessa alla donna (4). Regola è questa di tanta importanza ed interesse, che anche quando il tutore delle donne non era più che una finzione, quando la sua autorizzazione non interveniva che per mera forma, quando, se egli la negava, il pretore solea costringerlo a darla, alcuni tutori non poteano mai loro malgrado essere costretti ad autorizzare questi tre atti più importanti della donna: il suo testamento, il suo impegno nelle obbligazioni, e l'alienazione delle cose *mancipi* (5). E se in dispregio di queste proibizioni la cosa *mancipi* sia stata dalla donna consegnata ad alcuno, il possessore non potrà acquistarla per usucapione, a meno che la tradizione non sia stata fatta con l'autorizzazione del tutore. Così dispone la stessa legge delle Dodici Tavole: *id ita lege XII. tabularum cautum*, dice Gaio il comentatore di quest'antica legge (6).

Del rimanente salvo l'atto giuridico della mancipazione, tutti gli altri modi riconosciuti dal diritto civile per l'acquisto del

(1) *C. 7. 25, De nudo jure Quiritium tollendo const. Justinian. — 7. 31. De usucapione transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi.*

(2) Oltre degli altri argomenti di convinzione a noi pare che la pruova materiale risulti indubitatamente da questo frammento di Gaio, che non possiamo comprendere come siasi trascurato in siffatta controversia: « *Mulieris quae in agnatorum tutela erat res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa, tutore (auctore) traditae essent*: id ita lege XII. tabularum cautum ». *Gai 2, §. 47.* E notisi che Gaio fra tutti i giureconsulti è un di quei che meritano più fede, quando ci parla della legge delle Dodici Tavole, e delle sue disposizioni; perocchè egli ne avea pubblicato un comento, di cui alcuni frammenti son rimasti nel Digesto. V. altresì *G. 1. §. 192. — 2. §. 80. Ulp. Reg. 11. §. 27. — Inst. de Just. 2. §. 41. Vat. J. R. fragm. §. 259. — e §. 293, 311, 313* per la esistenza delle cose mancipi al tempo della legge Cincia (anno 550 di Roma — 204 avanti G. C.)

(3) *Ulp. Reg. 19, §§. 3 e 7.*

(4) *Gai 2, §. 80. — Ulp. Reg. 11, §.* 27.

(5) *Gai, 1, §. 192* « le più preziose fra tutte le cose *(alienatis pretiosioribus rebus)*. » aggiugne il giureconsulto.

(6) *Gai, 2, §. 47* riferito testualmente qui sopra.

dominio romano, sono comuni così alle cose *mancipi*, come a quelle *nec mancipi* (1); tutti si applicano egualmente alle prime ed alle seconde. Dunque le cose *nec mancipi* partecipano al diritto civile; sono atte alla proprietà romana, purchè non abbiano altronde il carattere peregrino.

Il solo atto, a riguardo del quale queste due classi di cose l'una dall'altra si separano, è la mancipazione, ed ecco perchè le une si appellano *res mancipi* o *mancipii*, cose di mancipazione, e le altre *res nec mancipi* o *nec mancipii* cose non suscettive di mancipazione (2).

I giureconsulti davano l'enumerazione esatta delle cose *mancipi* che si trovano ne' frammenti di Ulpiano.

A quell'epoca questa classificazione comprendeva:

1. I fondi nel suolo dell'Italia, fondi rustici, o edifizii;

2. Le servitù rurali (ma non urbane) sul suolo dell'Italia solamente;

3. Gli schiavi, ed i quadrupedi che si domano pel dorso, o pel collo (*quae dorso collove domantur*), cioè gli animali da soma o da tiro (3).

Così, quanto al suolo, ed agli edifizii che sostiene, non vi ha distinzione; ogni suolo che partecipa al diritto civile romano è *res mancipi*. Questo carattere va insieme con la comunicazione del *jus civile*, del *commercium*. Da prima ristretto al campo romano, all'*ager romanus*, gradatamente si estese al territorio delle colonie, a quello del Lazio, a quello dell'Italia. Esso non oltrepassò questo termine se non pei paesi, ai quali, per particolari concessioni, fu comunicato il diritto Italio.

Quanto alle cose incorporali esse sono tutte cose *nec mancipi*, perchè una creazione, un'astrazione giuridica non si può prender con mano. Non pertanto il favore dell'agricoltura apportò un'eccezione per le servitù rurali, le quali s'identificano col fondo, alla coltivazione del quale sono inservienti, e l'origine delle quali è più antica, perocchè la disposizione isolata delle case romane (*insulae*) dovè rendere le servitù urbane più rare, e più tarde a introdursi. Il bisogno di sottrarsi al rigore del diritto civile fè altresì considerare il patrimonio futuro in tutto il suo complesso (*familia*, *pecuniave*) come suscettivo di una finta mancipazione (4).

Finalmente quanto ai mobili in qualunque parte si trovino, li segue il carattere di cose *mancipi*. La moglie, i figli, e gli uomini sottoposti al potere del capo, da una parte; e dall'altra gli schiavi, e le bestie da soma o da tiro, ma quelle solamente, che i primitivi romani conoscevano, ebbero questo carattere. La civiltà progredì, vennero a Roma gli elefanti, i cammelli, ma, portando questi al loro semplice aspetto il carattere peregrino, rimasero cose *nec mancipi*.

In somma riassumiamo i caratteri. Essi si deducono tutti dalla mancipazione.

Perchè una cosa sia *res mancipi* cosa di mancipazione:

Bisogna che partecipi al diritto civile, perchè si tratta di un atto giuridico eminentemente romano, il che esclude ogni suolo, ed ogni cosa straniera.

Bisogna che possa prendersi con mano, perchè questa è la formalità costitutiva della mancipazione (*manu capere*); il che esclude ogni cosa incorporale, salvo le servitù più antiche, le servitù rurali, che pel favore dell'agricoltura s'identificano col campo e salvo l'insieme del patrimonio (*familia*) per pura finzione.

Bisogna infine che abbia un'individualità propria, e distinta, affinchè i cittadini, che concorrono all'atto giuridico, e che son presi a testimoni dell'acquisto del dominio romano su questa cosa, possano ovunque attestarne l'identità.

Or questo carattere d'esistenza propria, d'individualità distinta, non si ravvisa, in un grado sufficiente per la mancipazione, che in due classi d'oggetti: nel suolo, e negli esseri animati, uomini liberi, uomini

(1) Così l'usucapione che certamente è un mezzo di acquistare il dominio romano; — l'*in jure cessio* la cui formola è precisamente quest'asserzione: *hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo*; — così l'*adjudicatio*; — così i legati; — così l'eredità — (V. *Ulp. Reg. 19*, §§. *8, 9, 16 e 17*, dove ciò è detto positivamente ogni volta).

(2) Tutto dimostra, e Gaio testualmente lo dice: *Mancipi vero res (sunt) quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde... mancipi res dictae sunt. G. 2*, §. *22*. *Mancipium*, secondo le due etimologie che si danno a questo vocabolo, o che sia, (come noi il pensiamo) prendere con la mano, ovvero alzar la mano sul capo, per offrire all'incanto; *mancipium* è sempre, ed innanzi tutto l'atto giuridico stesso, la mancipazione. Solamente per figura di lingua, e per conseguenza più tardi la stessa parola fu adoperata per dinotare altresì l'effetto prodotto da questo atto: la proprietà. Così *res mancipii* è cosa di mancipazione, e non cosa di proprietà romana.

(3) *Ulp. Reg. 19*, §. *1*. Confrontate *Gaio 2*, §. *25 e seg.*

(4) *Gai. 2*, §§. *102, e 104*. V. appresso lib. 2 tit. 1. *Delle cose al tempo di Gaio*; introd. al tit. 10: *Delle eredità*; e tit. 10. §. 1.

schiavi, o animali, e tra questi ultimi in quelli solamente, che sono stati domati dall'uomo, ed associati alle sue fatiche; in fatti questi soli hanno per l'uomo un individualità veramente stabilita. Quando sieno destinati ad altro impiego, o per loro natura selvaggi, la loro identità è meno distinta, e l'utilità è minore.

La terra, gli uomini, e gli animali assoggettati ai lavori dell'uomo: ecco le cose mancipi! cose tutte che han ricevute la loro esistenza da Dio. Nulla di ciò che l'uomo ha formato può appartenere alle cose *mancipi* (1), perchè l'uomo non imprime l'individualità, l'esistenza propria alle cose ch'egli fabbrica.

Idea eminentemente filosofica ricercata nella natura stessa del Romano primitivo, popolo non industrioso, appresso il quale le opere meccaniche dell'uomo non erano ancor venute a rivaleggiare per importanza, e valore con le opere del Creatore!

Pel capo della famiglia romana il suo campo con la casa che vi è incorporata(2); la moglie, i figli, gli uomini sottoposti alla sua potestà, e gli animali assoggettati ai suoi lavori: ecco le cose *mancipi*, cose, la cui individualita è confusa, aderente con la sua, che sono nel tempo stesso e comunemente le cose più preziose in valore (3); che non si potranno separar da lui per la semplice tradizione, alle quali si applicherà esclusivamente l'atto sacramentale della mancipazione.

Verrà l'incivilimento; le arti, il lusso invaderanno la città; le ricchezze sconosciute comporranno le fortune; non per questo aumenterà il numero delle cose mancipi. Definito il loro carattere dal vecchio diritto romano, esse non cangeranno più.

Ma il dire che ogni altra cosa, ogni cosa *nec mancipi* sia esclusa dal diritto civile, ciò è inconciliabile con le nozioni del diritto e dello stato sociale de'romani.

E che! tutte le cose incorporali, cioè, quelle segnatamente che sono di creazione giuridica, l'usufrutto il quale è una frazione della proprietà romana, l'eredità che abbraccia l'insieme di tutti i beni e di tutti i diritti del defunto (4), saranno esclusi dal diritto civile e dalla proprietà romana!

E che! I romani tra tutte le cose mobili non avranno avuta la proprietà romana, che delle cose animate, schiavi, e bestie da soma e da tiro! E tutta quella immensa quantità di prodotti, e di cose inanimate, cose di consumo, od altre che formano la fortuna mobiliare saranno state fuori del diritto civile, e del dominio romano?

Agricoltore, proprietario del campo romano, il capo di famiglia non sarà proprietario, secondo il diritto de'romani, de'frutti, che produce il suo campo, nè dell'aratro col quale lo coltiva!

Guerriero, egli non sarà proprietario, secondo il diritto de'romani, delle sue armi, nè del suo scudo, che non potrà abbandonare al nemico senza ignominia, nè della sua lancia, che è l'istrumento di acquisto, ed il simbolo della proprietà romana!

Questa opinione è distrutta da tutti i lati (5).

Le cose *nec mancipi*, purchè non sieno straniere (*nella peregrinità*), partecipano al diritto civile, sono suscettive della proprietà romana; tutti gli atti giuridici, che producono questa proprietà sono applicabili ad esse come alle cose *mancipi*; non vi ha esclusione a loro riguardo, che per la mancipazione.

Bisogna seguire nella storia la relazione delle istituzioni. A misura che il vero diritto civile sparisce, che la proprietà romana si dilegua, che la mancipazione cade in oblio se ne va altresì la distinzione delle cose *mancipi* e *nec mancipi*. Sotto Giustiniano queste non sono più che parole, ed enigmi. La desuetudine le ha di già abrogate

(1) Perchè gli edifizi non sono *mancipi* che in quanto formano un sol corpo col suolo, e ne sono una parte aderente. Se se ne staccano, questo per essi è perduto.

(2) Gl'istrumenti di coltivazione del fondo, ciò che i romani chiamavano *instrumentum* del campo, finchè erano incorporati per un uso perpetuo, divenuti immobili come il suolo al quale aderivano, doveano come quello, e con quello essere cose *mancipi*, ma separati, alienati a parte erano *res nec mancipi*.

(3) *Pretiosioribus rebus* dice Gaio 1, §. 192.

(4) L'eredità è *res nec mancipi*. Gai. 2. §, 46.

(5) Per me non la comprendo affatto. V. la pag. precedente nota 1. l'indicazione de'modi giuridici di acquistare il dominio romano, che si applicano tanto alle cose *mancipi*, quanto a quelle *nec mancipi* — V. Gai. 2. §. 196, ed Ulp. 24 §. 7 che si accordano nel parlarci di cose *nec mancipi* soggette al dominio *ex jure Quiritium*. Questa opinione non può concepirsi se non ammettendo l'ipotesi che fin dall'origine della distinzione di cose *mancipi*, e *nec mancipi* vi fossero state due proprietà l'una romana e l'altra no. Ma Gaio ha precisamente distrutta questa ipotesi facendoci conoscere che nell'origine non vi avea che un sol dominio, che si era proprietario secondo il diritto romano, o non si era proprietario affatto. *Gai. 2. §. 40.* — Giraud espone egli stesso questo sistema p. 231.

di fatto, l'imperadore le abroga formalmente (1).

§. IV. — RELATIVAMENTE AL PROPRIETARIO.

42. Cose comuni (*omnium*), **pubbliche** (*publicae*), **d'università** (*universitatis*), **private** (*singulorum*), **che non appartengono ad alcuno** (*nullius*).

Dopo la religione e le città, il proprietario.

Questo nuovo rapporto fornisce intorno alle cose un gran numero di distinzioni, specialmente enumerate nella classificazione metodica de'giureconsulti romani:

1. Le cose comuni (*res communes omnium*) come l'aria, l'acqua corrente; il mare, e le sue rive, di cui ciascuno può usare, ma che non sono suscettive d'essere acquistate da alcuno, salvo per frammenti;

2. Le cose pubbliche (*res publicae*), la cui proprietà appartiene al popolo, e la condizione è di due sorte, secondo 1.° che l'uso ne è comune a tutti i membri, come quello delle vie pubbliche, de'fiumi, de'porti; o 2.° sono amministrate ed impiegate dall'autorità in pro dello stato in generale, come i campi, le entrate, gli schiavi pubblici. In quest'ultimo caso si dice di queste cose che sono nel tesoro, ne'beni, nel patrimonio del popolo (*in pecunia. in bonis, in patrimonio populi*);

3. Le cose d'università (*res universitatis*) cioè appartenenti ad alcune comunità, collegi, o corporazioni, a riguardo delle quali si dee fare una distinzione analoga alla precedente;

4. Le cose private (*res privatae*, *res singulorum*), che sono nella proprietà delle persone particolari;

5. Le cose che non appartengono ad alcuno (*res nullius*); espressione che nel senso più ristretto indica le cose, che non hanno proprietario: — sia perchè l'uomo non se ne è ancora impadronito, come gli animali selvaggi, i loro prodotti, le conchiglie, le alghe marine, le isole sorte nel mare etc.; — sia perchè le ha abbandonate (*res pro derelicto habitae*); — sia perchè la sua proprietà è finita, senza che alcun altro gli sia ancora succeduto, e questo è nel diritto romano il caso dell'eredità finchè l'erede non l'ha acquistata.

Ma questa classe non si ferma qui; essa è resa generale, e presa da'giureconsulti con più o meno di estensione, secondo che vi comprendono ancora le cose di diritto divino, che son fuori del commercio dell'uomo, le cose comuni, che non appartengono in proprietà ad alcuno, o anche le cose pubbliche, e delle università, perchè non appartenendo ad alcun particolare, son riputate, dicono i giureconsulti romani, essere di nessuno.

43. Cose nel nostro patrimonio (*bona*), **o fuori del nostro patrimonio.**

Da ciò deriva la ripartizione generale, nella quale tutte quelle che abbiamo finora percorse si possono collocare come altrettante suddivisioni: cose cioè che non appartengono ad alcuno *res nullius*; e per opposto cose che appartengono a qualcuno *res alicujus;* o ciò che torna lo stesso, cose nel nostro patrimonio (*in nostro patrimonio*); e cose fuori del nostro patrimonio (*extra nostrum patrimonium*).

Le prime frasi sono delle Istituzioni di Gaio, (2) le seconde delle Istituzioni di Giustiniano (3).

Le cose (*res*) considerate in quanto sono nel nostro patrimonio, prendono il nome speciale di beni (*bona pecunia*).

44. Campo pubblico, proprietà dello stato (*ager publicus*); **campo privato, proprietà de'particolari** (*ager privatus*).

Alla esposta teoria si dee riportare nello studio storico del diritto romano ciò che riguarda:

1. L'*ager publicus*, e per opposizione l'*ager privatus*; divisione del suolo, del territorio, che lo distingue in due parti; l'una riserbata al popolo, alla repubblica; l'altra abbandonata alla proprietà, ed al commercio de'particolari. L'*ager publicus*, cioè la proprietà territoriale dello stato (il quale, bisogna ben guardarsi, di non confondere con l'*ager romanus* o campo del diritto civile), l'*ager publicus* si estende con le armi di Roma. L'asta è l'istrumento tipo, ed il simbolo dell'acquisto; l'espropriazione del territorio delle nazioni vinte è la legge della guerra: tutto il suolo, che non è loro conceduto dal popolo-re a condizioni migliori, diviene *ager publicus*. Questo campo del popolo abbraccerà tutto il mondo conosciuto.

2. La distribuzione, l'impiego, la gestio-

(1) V. il titolo indicato qui sopra (nota 1 pag. 27 C. 7. 31.

(2) *Gai.* 2, §. 9. — *Dig.* 1. 8. 1. *pr. fr, Gai.*
(3) *Inst.* 2. 1. *pr.*

ne dell'*ager publicus* in nome della repubblica: sia che il territorio pubblico si venda per lotti all'incanto, o che gratuitamente sia distribuito, ed assegnato in partaggio alla plebe, e più tardi esclusivamente ai soldati, o ai veterani condotti in colonia: queste due disposizioni ne attribuivano all'acquirente la proprietà romana, e facevano passare la terra nell'*ager privatus* partecipante al diritto civile romano; sia che resti aperto a chi fra i cittadini vorrà occuparlo, dissodarlo, coltivarlo mediante un canone, e qualche volta gratuitamente; sia in fine che si trovi dato in affitto, ad enfiteusi, o anche lasciato in possesso indefinito e di tolleranza; o occupato dalle famiglie patrizie, e potenti, che se ne attribuivano delle considerevoli parti, e ne godevano ereditariamente senza mai pagare alcun diritto. Donde la distinzione de' campi: in *agri quaestorii* pel primo caso, *assignati* pel secondo, *occupatorii* pel terzo; *vectigales* quando era dovuto un canone al tesoro pubblico; ed in generale *subcisivi* per quelli, che rimanevano al pubblico demanio, dopo la distribuzione del territorio conquistato. Le dissensioni, di cui è piena la storia romana sul partaggio, sulla gestione, o sul possesso delle terre, sulle invasioni ereditarie, che ne faceano i patrizii, sulle leggi agrarie, su quelle de'Gracchi, su quelle che seguiron di poi, si riferiscono tutte all'*ager publicus*.

3. Lo stato del suolo nelle province, dove la terra, salvo una concessione privilegiata del diritto di proprietà, o d'una comunicazione del diritto civile, per regola è *ager publicus:* la proprietà è del popolo romano, anche quando è stata lasciata di fatto alla disposizione di persone private. Questi detentori particolari, a rigore di diritto, non sono proprietarii; essi son considerati in certo modo come aventi il possesso, ed il godimento, mediante il tributo che paga la terra (1). Per questa ragione le terre nelle provincie si chiamano possessioni (*possessiones*), e non proprietà. Il solo proprietario è il popolo romano. In tal guisa nè il dominio romano, nè le applicazioni del diritto civile che ne derivano, possono aver luogo su questo suolo.

4. La divisione, posteriormente introdotta tra province del popolo (*provinciae populi romani*; *praedia stipendiaria*) dette poco dopo provincie del Senato; e le provincie di Cesare (*provinciae Caesaris; praedia tributoria*) (2); egualmente tra il tesoro del popolo, o del Senato (*aerarium*) e quello di Cesare (*fiscus*). Il popolo che sparisce; Cesare che si eleva sovr' esso; il senato che lo sostituisce; Cesare solo!

§. V. — RELATIVAMENTE ALLA LORO NATURA FISICA, O GIURIDICA.

Le distinzioni, che sorgono dalla natura fisica delle cose, comandano al legislatore; egli è obbligato di seguirle. Il diritto romano non le avea formolate teoricamente in categorie esatte, ma non avea certamente potuto sfuggirle, ed esse si trovano implicitamente in parecchie sue disposizioni; sebbene non vi sieno che in second'ordine.

45. Cose mobili (*res mobiles seu moventes*), o immobili (*res soli immobiles*).

Siffatta distinzione senza portarsi ad una classificazione metodica, senza formare nel diritto romano, come nel nostro, la base fondamentale della divisione delle cose, non lascia però di aver anche in esso dell'importanza.

Essa sorge tanto dalle disposizioni del diritto, che dai termini stessi dei giureconsulti. La troviamo indicata da Ulpiano con le voci tecniche del diritto romano, che si trovano in molti altri frammenti.

Res mobiles, o *res se moventes*, o semplicemente *moventes* per le cose mobili, secondo che si tratta di oggetti inanimati, o di esseri animati (3):

E *res quae soli sunt*, o *res soli* per le cose immobili (4), che Ulpiano anche positivamente, ed in diverse volte appella *res immobiles* (5), e Giustiniano in una delle sue costituzioni: *quae immobiles sunt, vel esse intelliguntur* (6); ma che più frequentemente vengono enunciate per le particolari designazioni: *praedia, fundi, aedes.*

Da ultimo vi sono pure delle cose, le quali, quantunque mobili per la loro natura, sotto il rapporto giuridico son considerate come immobili, perchè, sia a cagione

(1) « *Nos autem possessionem tantum, et usumfructum habere videmur* ». Gai. 2. §. 7.
(2) *Gai. 2. §. 7. e 2. §. 21.*
(3) *Dig. 21. 1, 1, pr. fr. Ulp.* V. altresì *Vat. I. R. Fragm. §§. 293, e 311. Dig. 33, 10, 2, fr. Florentin. 42, 1, 15. §. 2. fr. Ulp. 48, 17, 15, §. 1. Modestin., 50, 16, 93, fr. Cels. C. 1. 3, 49 §. 2, const. Justinian. etc.*
(4) *Dig. 21, 1, 1, pr. fr. Ulp.*
(5) *Ulp. Reg. 19, §. 6, e 8.*
(6) *C. 7, 31, const. Justinian.*

della loro aderenza ad un immobile *(vincta fixa)*, sia a cagione della loro destinazione al perpetuo uso di quello, con esso formano un sol corpo, son considerate come sue parti, e debbono seguirne la sorte (1).

Le cose incorporali, non essendo che delle astrazioni giuridiche, non sono nè mobili, nè immobili, e la legge romana non avea ad esse, come certe moderne legislazioni attribuito giuridicamente l'uno, o l'altro di questi caratteri. Non pertanto esse potevano qualche volta essere inerenti ad un immobile, e farne in qualche modo parte, e seguirne la sorte: tal era il caso delle servitù (2).

La distinzione tra cose mobili, ed immobili, quantunque non avesse nella legislazione romana tutta l'importanza, che ha ricevuta nelle moderne, nondimeno non lasciava fin dall'origine del diritto, di produrre numerose conseguenze tanto nell'ordine politico, che nel privato (3).

46. Cose divisibili, o indivisibili; principali, o accessorie.

Non farò che enumerare queste due divisioni, che non sono da'giureconsulti romani annoverate nella classificazione metodica delle cose, ma che sovente s'incontrano con gravi conseguenze nel diritto.

1. Cose divisibili che possono essere divise in più parti: sia parti fisiche corporalmente separate (*partes certae*, *pro diviso*) sia parti puramente giuridiche, frazioni matematiche, ed intellettuali, come la metà, il terzo (*partes incertae*, *pro indiviso*) (4); e cose indivisibili, che non ammettono in diritto l'idea di alcuna divisione, di alcuna parte distinta dal tutto (5).

2. Cose principali (*res principales*); e cose accessorie, cioè che formano una parte dipendente, e subordinatamente, della cosa principale: dette dai romani semplicemente accessioni (*accessiones*), ed a riguardo delle quali Ulpiano laconicamente formola questa regola, di cui non si dee abusare, perchè richiede molto accorcimento nella sua applicazione; *accessio cedat principali* (6).

47. Il genere (*genus*), **ed il corpo determinato** (*species*); **cose che si determinano pel peso, pel numero, o per la misura** (*quae pondere, numero, mensurave constant*); **delle pretese cose fungibili, cose di consumo** (*quae ipso uru consumantur, quae in abusu continentur*).

È una distinzione importante, e che spesso s'incontra presso i giureconsulti romani

(1) *Dig. 19, 1, 13, §. 31, fr. Ulp. — 15, f. Ulp. 17, pr. e §. 7 a 11. fr. Ulp. etc.*

(2) *Dig. 18. 1, 47, f. Ulp.*

(3) L'enumerazione che segue, ed alla quale si potrebbe anche aggiungere, mostrerà quanto sia falsa l'opinione, che la distinzione tra i mobili, e gl'immobili non esisteva nella legislazione romana. Troviamo questa distinzione con la più grave importanza:

Nella costituzione politica, e nella comunicazione del diritto civile al territorio (pag. 18.)

Nelle regole sul bottino: il soldato può acquistare il bottino mobiliare, che prende; ma non il suolo, che diventa pubblico (più appresso 1. 2 § 17);

Nel tempo stabilito per l'usucapione in forza anche delle XII. Tavole *(Ulp. Reg. 19 § 8.— Gai. 2 §. 42.* (più appresso *lib. 2, tit. 6.*);

Nella mancipazione, sia per la presenza, sia per la quantità delle cose che possono essere mancipate. (*Ulp. Reg. 19, §. 6.)*;

Nell'antica *actio sacramenti*, dove gl'immobili, e gli oggetti che non potevansi trasportare *in jus*, esigevano una solennità di più, la *deductio*. Egli è però vero, che questa differenza non dipendeva esclusivamente dall'essere la cosa mobile, o immobile; essa dipendeva non già dall'impossibilità assoluta, ma dalla difficoltà del trasporto (*Gai. 4.5.17)*;

Posteriormente nel regime dotale, secondo che trattavasi della dote mobiliare, o del fondo dotale (*praedium dotale). Paul. Sent. 2, tit. 21. Gai. 2 §. 63* (e qui appresso *2, 7, §. 5.)*;

Nella teorica del furto, che i giureconsulti decidono non potersi applicare agl'immobili. (*Gai. 2, §. 51. — Dig. 47, 2, 25, pr. f. Ulp.*);

Nell'interdetto *Utrubi* sui mobili, totalmente diverso dall'interdetto *Uti possidetis* per gl'immobili (*Gai. 4, §§. 149 e 150. Paul. 5, 6, §. 1. — Inst. 4, 15, 4.)*;

Nelle servitù reali, che per la natura stessa delle cose sono speciali per gl'immobili, e non possono esistere a riguardo de' mobili (qui appresso *2, 2, §. 5.*);

In parecchi casi, ne'quali la legge prescrive, che si debba prima far la vendita de'mobili, e poi quella degl'immobili, per esempio nel caso del pegno. *(Dig. 42, 1, 15, §. 2, f. Ulp. — 48, 17, 15, §. 1, f. Modestin.)*;

Nelle vendite, e ne'legati: quando si tratta di determinare ciò che segue gl'immobili venduti o legati, come facienti parte di essi o per aderenza, o per destinazione. (Vedi il titolo *de actionibus empti et venditi* (*Dig. 19, 1.*), e i diversi titoli *de legatis (Dig. lib. 30. 31, e 32)* dove un gran numero di frammenti si riferiscono a questa quistione;

Nei legati, quando il testatore ha legato i suoi mobili, e si tratta di determinare ciò che è compreso in siffatto legato. (*Dig. 50, 16, 93. f. Cels.)*

(4) *Dig. 50, 16, 25. §. 1, fr. Paul. — 7, 4, 25 fr. Pomp. — 8. 2, 36, fr. Papin. — 45, 3, 5, f. Ulp. — 6, 1, 8, f. Paul. — 8, 4, 6, §. 1, f. Ulp.*

(5) *Dig. 8, 1, 17, f. Pomp.* per le servitù prediali — *21, 2, 65, f. Papin.* pel pegno — *V. 45, 1, 2, §§. 1, e seg. fr. Paul.*

(6) V. la spiegazione di questa regola qui appresso 2, 1, dopo il §. 18. *V. Dig. 22, 1, De usuris et fructibus, et causis, et omnibus accessionibus.*

quella tra una cosa determinata, nel diritto, solamente pel suo genere, come uno schiavo un cavallo, del vino, dell'olio, di tale qualità in generale; o pel suo stesso individuo; come il tal cavallo, il tale schiavo, il vino, l'olio contenuto nel tal vaso. Nel primo caso i Romani chiamano la cosa *genus*, un genere; nel secondo, *species*, una specie, cioè un individuo, un corpo determinato (1). Questa distinzione ha delle gravi conseguenze quanto alla natura, estensione, e perdita de' diritti relativi a questa cosa (2). Essa può anche applicarsi al metallo monetato, come la tal somma di danaro, o pure il danaro che si trova nel tale scrigno (3); ed in senso inverso anche al suolo, come tante misure di terra nel tal territorio, o pure tal terreno determinato.

Egli è in primo luogo evidente, che una cosa considerata *in genere* si determina solamente pel numero, pel peso, o per la misura nel genere, e nella qualità stabilita; mentre quella che è considerata *in ispecie*, si trova determinata pel suo corpo, pel suo stesso individuo. Vi ha delle cose, che per loro natura comunemente si determinano nel primo modo, come il vino, l'olio, il frumento, le monete, i metalli. I Romani le dinotano con queste locuzioni: *quae pondere, numero, mensurave constant* (4).

Ve ne ha delle altre al contrario, che ordinariamente per la loro individualità si qualificano come corpi certi, tali sono gli schiavi, i cavalli, gl' istrumenti mobili, i campi etc. Ma il confondere l'abitudine col diritto è un errore troppo frequente. Noi abbiam veduto, che sì le une come le altre di queste cose, secondo l'intenzione delle parti, possono essere considerate nell'uno, e nell'altro modo, in conformità, od in eccezione della loro natura ordinaria, purchè questa natura assolutamente non vi ripugni.

In secondo luogo è evidente che ogni cosa considerata in *genere* può, ne' rapporti di diritto che vi si riferiscono, stare, o esser posta l'una in vece dell'altra. Poco importa quale, purchè sia nella stessa qualità, e quantità (*in eadem qualitate et quantitate*), perchè essa non dee valutarsi nel suo genere, e nella sua qualità che pel numero, peso o misura; mentre che la cosa considerata come specie (*species*) dee funzionare ed esser data identicamente; qualunque altra non è nè la stessa, nè l'equivalente. Paolo ha detto parlando delle cose di genere: « *in genere suo magis recipiunt functionem per solutionem, quam specie* (5); » esse funzionano piuttosto nel loro genere che nel loro individuo. Da ciò si è tratta la distinzione delle cose fungibili, e non fungibili, *res fungibiles*, o *non fungibiles*, barbarismo che non appartiene nè al diritto, nè alla lingua de' romani (6). Si vede che questa distinzione torna lo stesso che quella del genere (*genus*), e del corpo certo (*species*).

Da ultimo vi sono delle cose, delle quali ordinariamente non si trae utilità, che consumandole: queste son quelle che noi chiamiamo cose di consumo. I romani le chiamano con le espressioni *quae ipso usu consumuntur* (7), che si consumano immediatamente con l'uso, o pure come dicono Cicerone, ed Ulpiano *quae in abusu continentur*, che appartengono al consumo per l'uso (8): per opposizione a quelle, dalle quali si possono ricavare de' servigi, o de' frutti, conservando la loro sostanza (*quarum salva substantia utendi fruendi facultas esse potest*), è sempre Ulpiano che parla (9). Di queste cose le prime ordinariamente son considerate nel loro genere (*in genere*), ed è di loro abituale natura il poter funzionare l'una in vece dell'altra, perchè in generale non si rendono utili, che distruggendole. Non pertanto potrebbe avvenire, che le parti le avessero considerate altramente, come corpi certi, per qualche altra utilità, che se ne potrebbe ritrarre, senza distruggerle, caso meno frequente, è vero, ma che può presentarsi (10). E reciprocamente le cose opposte possono per caso eccezionale esser prese dalle parti come oggetti di consumo. La quistione adunque torna sempre allo stesso, a sapere cioè, se queste cose sono state considerate *in genere*, o *in ispecie*.

§. VI. — RELATIVAMENTE ALLA LORO COMPOSIZIONE, O AGGREGAZIONE.

48. Cosa particolare, (*res singularis*); Universalità (*rerum universitas*)

Una tal distinzione ci è data con qualche

(1) *Dig. 45, 1, 54, pr. f. Julian.*
(2) Per es. *Dig. 45, 1, 37, f. Paul.*
(3) *Dig. 30, 1, 30, §. 6, f. Ulp.*
(4) *Inst. 3, 14, pr. Dig. 12, 1, 2, §. 1. f. Paul.*
(5) *Dig. 12, 1, 2, §. 1, f. Pual.*
(6) Si definiscono le cose fungibili: « quelle che possono funzionare l' una in luogo dell'altra; *quarum una fungitur vice alterius* ».

(7) *Inst. 3, 14. pr.*
(8) *Cicer. Top. 50. — Ulp. Reg. 24. §. 27. — Abusus da ab privativo, e da usus uso che distrugge la cosa.*
(9) *Ulp. Reg. 24. §. 26.*
(10) *Dig. 13. 6. 4. f. Gai. = 18. 3, 24. f. Papin. — 30. 1. 30. §§. 9. e 34. §. 4. f. Ulp. — 45. 1. 37. f. Paul.*

particolarità da Pomponio. «Vi ha tre sorte di corpi, egli dice, l'uno che si contiene come in un solo essere (*uno spirito*) che i Greci dicono ἡνωμένον cioè unico (*unitum*), come un uomo, un albero, una pietra ed altri somiglianti ». Queste cose sono dette comunemente nel diritto romano da tutti i giureconsulti *res singulares*, cose individuali, particolari (1).

«L'altro che è formato di diversi corpi aderenti, legati insieme (*ex contingentibus*), e che si dice συνημμένον, cioè connesso (*connexum*) come un edificio, una nave, un armadio composti di pietre, o di tavole insieme congiunte ». Siffatte cose troviamo talvolta ne' testi chiamarsi *universitas* universalità (2).

«In fine il terzo formato da diversi corpi staccati, separati l'uno dall'altro (*ex distantibus*), ma uniti insieme sotto il medesimo nome (*uni nomini subjecta*), come componenti un sol tutto (3). Tal'è una gregge (*grex*), sia di buoi *armentum*, sia di cavalli *equitium*, sia di schiavi, comici, e coristi (*chorus*) un coro, che i poeti comici chiamano sempre ne' loro prologhi nostro gregge (*grex noster*); così pure una bottega fornita delle sue mercanzie (*taberna*); una cantina colle sue botti, otri, o anfore; un fondo fornito de' suoi strumenti di coltivazione (*fundus instructus; cum instrumento*) (4). Questa specie di cose dovunque nel diritto romano viene indicata con l'espressione *rerum universitas*, universalità di cose, o semplicemente *universitas* universalità. In sostanza è una quantità, un aggregazione di cose distinte riunite sotto un nome medesimo.

Da ultimo vi sono delle aggregazioni che esistono, non già fisicamente pel fatto, ma giuridicamente pel diritto, le quali possono comprendere nel loro insieme non solamente degli oggetti materiali, ma anche delle cose incorporali, diritti attivi, o passivi. Son tali: il peculio (*peculium*) sia dello schiavo, sia del figlio di famiglia, la dote (*dos*), e principalmente l'eredità che comprende la massa universale de' beni, e de' diritti lasciati dal defunto. Queste cose portano eminentemente il nome d'universalità (*universitas*) (5). Insomma noi distinguiamo le cose individuali o particolari (*res singularis*); e le universalità di cose (*rerum universitas*, o semplicemente *universitas*) dicitura, che prende una estensione più o meno larga nella lingua del diritto.

Quanto alle conseguenze giuridiche di queste diverse nature di cose, esse sono di gran momento.

TITOLO TERZO — DE' FATTI

In questo punto il metodo de' giureconsulti romani quasi interamente ci abbandona. Noi siamo giunti ad un terzo elemento che esso non ha distinto, nè classificato, quantunque si trovi da per tutto nel diritto. Abbiamo già il subbietto, e l'obbietto de' diritti; mostriamo ora la causa efficiente, l'elemento generatore.

§. I. — NOZIONI COSTITUTIVE

49. Idea del fatto.

Fatto (*factum*), che per la sua etimologia dovrebbe supporre un'azione dell'uomo (da *facere* fare), sì nella lingua giuridica, come nell'ordinaria, sì presso i romani come presso noi è preso in un senso più ampio, ed indica qualunque avvenimento so-

(1) *Dig. 6. 1. §. 3. f. Ulp. — Inst. 2. 9. §. 6.*

(2) *Dig. 10. 2. 30, f. Modest. = 41. 2. 30. pr. f. Paul.* Quest'applicazione della parola *universalità* è impropria ed assai rara.

(3) *Dig. 41. 3. 30.* — Il frammento che in parte abbiam citato è di Pomponio.

(4) *Dig. 7. 70. §. 3. f. Ulp. — 21. 1. 34. f. Afr.*

(5) *Dig. 5. 3. 20. §. 10. fr. Ulp. — 37. 1. 3. pr. f. Ulp. — Dig. 43. 2. 1. §. 1. fr. Ulp. — 50. 16. 208. fr. Afr. — Inst. 2. 9. §. 6. — Dig. 15. 1. de pecul. 32. pr. f. Ulp.* — I comentatori hanno chiamato le universalità che precedono *universitas facti*, e queste *universitas juris*. Noi sappiamo che l'eredità è pure in certi casi personificata, considerata come una persona giuridica; lo stesso è del peculio. *Dig. 15. 1. 40. fr. Marcian.*

praggiunga nella sfera delle nostre percezioni (1).

Del rimanente il fatto può esser prodotto sia da una causa posta intieramente al di fuori dell'uomo, alla quale questi non ha potuto nè prestare aiuto, nè porre ostacolo, sia con la partecipazione diretta, o indiretta dell'uomo; sia infine per l'effetto immediato della sua volontà.

Si dà anche l'idea, ed il nome di fatto a ciò che ne è solo la negazione; il caso in cui il tale avvenimento non succederà, l'omissione ed il rifiuto da parte dell'uomo di fare la tal cosa (2).

Ciò volgarmente si dice un fatto negativo.

Da ultimo, siccome il diritto per la sua facoltà di astrarre crea delle persone, e delle cose, che non esistono in natura, così pure talvolta va fino a creare de'fatti immaginarî, che non hanno alcuna realtà, ed opera come se avessero esistenza.

50. Su di che cadono i fatti.

Essi possono cadere sull'uomo stesso, come per esempio la sua nascita, onde un fatto di filiazione per uno, di paternità, o di origine comune per gli altri; il suo matrimonio, l'unione legale, ed illegale d'un sesso all'altro; il progresso dell'età, le malattie, le alienazioni corporali o morali prodotte dalla natura, da un accidente, o da violenza, finalmente la morte;

O sulle cose, per esempio la loro creazione o composizione, il loro abbellimento, miglioramenti, deteriorazioni, trasformazione, sottrazione, perdita o distruzione;

O in fine sull'uno, e sulle altre insieme, considerando le relazioni dell'uomo con le cose, per esempio l'occupazione, la presa o la perdita del possesso di una cosa.

Tutti questi fatti positivi, o negativi prodotti da una causa o dall'altra, riguardanti un oggetto o un altro, intervengono nel diritto con diversi risultamenti, secondo i casi, ma sempre sotto lo stesso rapporto, nella stessa funzione.

51. I fatti generano i diritti.

Questa funzione è una funzione efficiente: se i diritti nascono, se si modificano, se si trasferiscono da una persona all'altra, se si estinguono, ciò avviene sempre in seguito, o per mezzo di un fatto.

Non vi è un sol diritto, che non provenga da un fatto, e segnatamente dalla varietà dei diritti.

In tal guisa ecco l'alta missione del giureconsulto: egli non è nel campo vago dell'immaginazione o della speculazione, egli è immerso nel mondo de'fatti. Tutti quelli della natura, come quelli dell'uomo, quelli delle grandi sfere pubbliche, come quelli di ciascuna sfera individuale, quelli de'buoni, come quelli de'malvagi, tutti a lui son sottoposti, e da questo elemento materiale, i fatti, egli deduce la conseguenza spirituale, il diritto, il buono, e l'equo, che alla sua volta dovrà servir di regola, e comandare i fatti.

Per tanto in qualsivoglia quistione di diritto è indispensabile per ogni mente logica, di stabilir bene innanzi tutto, e ben fermare la nozione del fatto, in ipotesi, o in realtà. I giureconsulti romani si sono distinti per tale esattezza, e possono bene in ciò servirci di modello.

§. II. — FATTI O ATTI GIURIDICI.

52. Idea del fatto o atto giuridico.

Vi sono certi fatti, i quali hanno specialmente per iscopo di stabilire tra le persone delle corrispondenze giuridiche, di creare, di modificare, di trasferire, o annullare i diritti.

Questo è il loro fine, la loro destinazione. In conseguenza il diritto anticipatamente li ha preveduti, e regolati nella loro natura, nella forma, e negli effetti, sia trattandone partitamente per alcuni, sia per generale classificazione, per altri. Tali sono p. e. la manomissione degli schiavi, la emancipazione de'figli di famiglia, le nozze, l'adozione, i testamenti, ed atti di ultima volontà, i diversi contratti, e tanti altri, che non si possono ben determinare, se non per la conoscenza de'diritti, ai quali si riferiscono.

Questi fatti noi comprendiamo sotto la qualificazione generale, ma non romana, di atti giuridici.

53. Forma degli atti giuridici.

Il numero, e la qualità delle persone ausiliarie, che debbono concorrere all'atto giuridico, il tempo, ed il luogo, nel quale

(1) In tal modo si può vedere adoperato dai giureconsulti in tutto il titolo: *de juris et facti ignorantia*, al Digesto 22, 6.

(2) Per esempio: *Dig. 45, 1. 7. f. Ulp. e 67. f. Javol.*

dee seguire, le parole, che vi debbono essere pronunziate, i gesti, e gli atti esteriori, che debbono accompagnarlo, gli scritti, o i mezzi proprî a conservarne la memoria, tutti questi elementi son compresi nella idea della forma.

Tra gli atti giuridici taluni hanno una forma rigorosamente imposta, dalla quale dipende la loro validità, e senza la quale non esistono. E le prescrizioni della legge, a tal riguardo, possono cadere sul tale, o tal'altro elemento costitutivo della forma, su molti, o su tutti insieme.

Alcuni altri atti non richieggono, per la loro esistenza, alcuna forma specialmente prescritta; basta solo che sieno seguiti, e che ve ne sia la pruova.

A riguardo de'primi, di quelli che hanno una forma rigorosamente prescritta, ve ne ha di quelli, ne'quali dee intervenire la città sia indirettamente, per la cooperazione di qualche magistrato, sia per se stessa ne' comizî sostituiti più tardi dal potere imperiale. Ve ne ha degli altri al contrario, il cui compimento è abbandonato ai semplici privati, e che non richieggono altro che l'intervento di cittadini.

54. Carattere speciale del diritto romano a riguardo degli atti giuridici.

La civiltà progredendo spiritualizza le istituzioni, come tutta l'umanità: essa le sprigiona dalla materia, e le porta sempre più nel dominio dell'intelligenza. Questa tendenza eminentemente si rivela, quando ci facciamo a considerare gli atti giuridici. In questi atti una civiltà avanzata immediatamente, e principalmente si attiene a ciò che è spirito, alla volontà, all'intenzione; essa non richiede dalla materia, se non ciò che è indispensabile per rivelare, e garentire la volontà.

Non avviene però lo stesso nelle civiltà incipienti. Quì le masse umane sono materializzate, l'ordine de'sensi, del corpo, delle impressioni fisiche vi ha più potere che l'ordine intellettuale. E però negli atti giuridici ciò che si vede predominare non è lo spirito, l'intenzione, ma la forma. Perocchè la forma è l'apparenza visibile, e sensibile, è l'elemento materiale, la veste terrena, nella quale s'involge il pensiero.

In questo periodo di tempo non si possiede, almeno d'una maniera volgare e facile a tutti, quel mezzo così semplice di fermare, e trasmettere la memoria di un fatto: la scrittura. La trasmissione dee farsi per mezzo degli uomini. E se anche tal mezzo si possedesse, non avrebbe abbastanza di potere. Bisogna far profonde impressioni sui sensi per giungere allo spirito.

La volontà, quest'elemento immateriale, come tutto ciò che non ha corpo, pare non potersi ghermire; essa attraversa il pensiero, viene, e sparisce, si modifica in un istante. Per incatenarla si dee rivestire di un corpo fisico; compiuto una volta l'atto materiale, l'uomo non può più ritirarla.

Ma quali saranno questi atti, queste gesta esteriori che daranno agli atti giuridici una forma sensibile? Quì un'idea contemporanea delle stesse epoche esercita il suo potere, l'idea d'analogia; spirito di fanciulli, uomini o popoli. Questi atti saranno trovati e presi in un'analogia qualunque collo scopo, che si vuol raggiungere, col diritto che si vuol creare, modificare, trasferire, o annullare, o con qualche cosa, che vi ha rapporto nelle credenze popolari.

Di quì si giunge al simbolo, perchè il simbolo non è altro che l'analogia ridotta in corpo, ed in azione (1). D'altra parte questi atti, questi oggetti simbolici spesso nel principio sono stati una realtà, e non sono divenuti finti, che pel volgere del tempo. Così presso i romani la bilancia, ed il pezzo di rame *(aes et libra)*, vestigia di quelle epoche primitive, in cui, per difetto di moneta pubblica, il metallo si pesava (2), passeranno allo stato di simbolo nella vendita solenne de'romani (*nexum*, *mancipium*, *mancipatio*, *alienatio per aes et libram*), la quale sarà essa pure adoperata fittiziamente in un gran numero di casi, in cui lo scopo reale non sarà quello di vende-

(1) Nel mio corso del passato anno. *Introduction historique à la science des législations penales comparées*, ho mostrato qual prodigiosa influenza ha esercitata sulle istituzioni penali de'popoli europei l'idea d'analogia che si materializza nel simbolo.

(2) « *Populus Romanus ne argento quidem signato Pyrrhum regem devictum usus est. Librales (unde etiam nunc libella dicitur et dupondius) appendebantur asses. Quare* aeris gravis *poena dicta. Et adhuc expensa in rationibus dicuntur item* impendia, *et* dependere. *Quin et militum* stipendia *hoc est* stipis pondera; *dispensatores* libripendes *dicuntur. Qua consuetudine in his emptionibus, quae mancipii sunt etiam nunc libra interponitur* ». Plinio *Hist. natur. XXXIII. 3.* V. per la mancipazione quì appresso *lib. 2, introd.* Quante parole derivate da questo costume di pesare il metallo (*pondere*) durate a' nostri giorni: *spesa dispendio stipendiare.*

re (1). Così nel procedimento per reclamo di proprietà (*rei vindicatio*) la *manuum consertio* sarà tra i due litiganti il simbolo d'una battaglia, forse reale in origine, ed in seguito scomparirà (2); l'asta (*hasta*) resterà come simbolo della proprietà romana presso un popolo guerriero e spogliatore, pel quale la guerra è per eccellenza il mezzo di acquistare; una bacchetta o verga (*vindicta*, *festuca*) diverrà alla sua volta il simbolo dell'asta (3); e questo stesso procedimento sarà usato per pura finzione in un gran numero di casi, in cui lo scopo reale sarà tutt'altro che di far cessare una lite (4). Così la gleba del campo (*gleba*), la tegola staccata dall'edifizio (*tegula*) sarà portata innanzi al pretore, per eseguire su questo simbolo dell'immobile litigioso, le formalità prescritte, che altra volta si andava col magistrato ad eseguire sul luogo medesimo (5). Così quando le trenta curie non si riuniranno più, trenta littori ne saranno il simbolo, ed alcuni atti giuridici, che dovranno compiersi con una decisione dei comizî, si compiranno innanzi la scure de'littori (6).

Il diritto romano puro, il vero diritto civile è pieno di gesti, e di oggetti simbolici, che intervengono per dare un corpo percettibile, e materiale agli atti giuridici, ed allo scopo, al quale tendono.

Gli atti, i gesti esteriori sono accompagnati da parole. Qui regna lo stesso spirito. Queste parole saranno delle formole consacrate, la sola lingua nazionale vi potrà essere impiegata. Sovente una dicitura sostituita ad un altra cambierebbe gli effetti dell'atto, o lo annullerebbe. Si dirigeranno delle interrogazioni solenni alle parti, ai testimoni, a coloro che figurano nell'atto; delle risposte solenni dovranno da essi esser date. E queste interrogazioni, queste risposte, e queste formole precise, austere, e sovente immutabili fatte ad alta voce non lasceranno alcun dubbio sulla volontà, ed imprimeranno rozzamente, e profondamente nell' animo le conseguenze dell'atto che si fa, o al quale si concorre (7). Quest' è ancora uno de'caratteri del diritto civile romano, quanto al regolamento degli atti giuridici.

Nelle primitive disposizioni del diritto civile le scritture non figurano mai nel numero delle formalità prescritte; tutto si fa verbalmente, non si tratta che di parole consacrate. Quando esse più tardi intervengono, ciò è come precauzione, per meglio conservare la memoria dell'atto, ma non come condizione essenziale alla sua validità. Avrà ancora a passar molto tempo, prima che il diritto pretorio, le costituzioni imperiali, richieggano delle pergamene, delle tavolette, delle sottoscrizioni, de'suggelli pei testamenti, o l'insinuazione degli atti di donazione sui pubblici registri.

A misura che da una primitiva società si passa ad una società novella, conviene por mente alla trasformazione, che subiscono questi atti giuridici: il simbolo, che cessa d'esser compreso, e non sembra più altro che un ridicolo impaccio; le sue antiche applicazioni alle procedure giudiziarie, che di già al sesto secolo di Roma son venute in odio al popolo, (*in odium venerunt*) dice Gaio (8); La legge Ebuzia (557 583 di Roma), e le leggi *Iulia* (di Giulio Cesare, e di Augusto), che quasi totalmente le aboliscono in queste procedure (9); Cicerone che le mette in derisione (10); Delle mitigazioni alle sollennità ed alle formole giuridiche del testamento, che son divenute popolari al tempo di Augusto (*quod populare erat*), dicono le Istituzioni (11), e i fedecommessi, ed i codicilli che sono ammessi; il pretore che costantemente sminuisce le conseguenze spesso inique del servile

(1) Così dalla mancipazione usata simbolicamente si deducono: l'emancipazione de'figli; l'acquisto della potestà maritale della moglie; il testamento; la liberazione delle donne dalla tutela de'loro agnati, o del loro patrono (*Gai 1. §. 195*); l'estinzione di certe obbligazioni (*Gai. 5, §. 173, e seg.*); il pegno de'beni, ed altre volte della persona stessa per garentia d'un debito (*nexum* nel suo significato più speciale).

(2) *A. Gellius XX. 10.*

(3) « *Festuca autem utebantur quasi hastae loco signo quodam justi dominii, maxime enim sua esse credebant quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus judiciis hasta praeponitur* », Gai 4, §. 16.

(4) Noi esporremo più appresso questi casi parlando di tale procedura.

(5) *Cicer. pro Muren. XII.* — *Gai. 4, §. 17.*

(6) V. la mia *Hist. du droit* pag. 174.

(7) Così per le diverse formole che accompagnano la mancipazione, la cessione *in jure* etc. così per l'istituzione di erede, pei legati, per la *cresione*, specie di accettazione sacramentale dell'eredità, per la stipulazione, per l'accettilazione etc. (V. queste diverse materie). Noi stessi in un atto eminentemente grave per sua natura, e per le sue conseguenze, la celebrazione del matrimonio, abbiamo conservato la necessità di queste interrogazioni, e di queste risposte solenni.

(8) *Gai 4, §. 30.*

(9) Hist. du droit n.º 47.

(10) Cicer: pro Muren. XII.

(11) Instit. di Giustin, 2, 23, 1.

attaccamento alle forme; Costantino II. Costanzo, e Costante, i quali comechè lascino sussistere la necessità delle interrogazioni, delle risposte, e delle parole a pronunciare, nondimeno sopprimono il carattere sacramentale dei termini, in tutti gli atti, come delle insidie tese nelle sillabe alle parti (1); il greco che si eleva al livello della lingua romana; Giustiniano in fine che cancella le ultime vestigia, e che riduce gli atti giuridici alla loro ultima semplificazione.

Del rimanente un tal quadro non è esclusivamente proprio alla civiltà romana. Questi atti giuridici con simboli materiali, con formole consacrate, con interrogazioni e risposte solenni; di poi la loro trasformazione, il loro decadimento, la loro semplificazione si riproducono in più d'una storia nazionale. Riportiamoci all'infanzia de' popoli moderni della nostra Europa, studiamo que'tempi, che Vico chiama ricorso de'tempi barbari; seguiamo lo svolgimento di queste civiltà novelle, e ritroveremo lo stesso carattere nelle istituzioni. Così il filosofo Napolitano vi attinge l'ispirazione di quell'eterno corso e ricorso, al quale egli condanna le cose umane, ispirazione del genio che generalizza su troppo deboli elementi. Ricorso, che applicato all' umanità, fortunatamente è un sogno: l'umanità, salve alcuni particolari traviamenti, cammina dritto, e non in cerchio!

55. Atti del diritto civile — Atti del diritto delle genti.

A lato degli atti giuridici regolati dal diritto della città, atti del diritto civile romano esclusivamente propri ai soli cittadini, si ammettono alcuni atti, che hanno altresì per fine speciale la creazione, la modificazione, o estinzione di certi diritti, ma che si riconoscono come appartenenti al diritto delle genti, come comuni a tutti gli uomini. La loro forma non ha ricevuto alcun regolamento, o sollennità sacramentale del diritto romano. Essi possono aver luogo tra cittadini, tra stranieri, o tra gli uni e gli altri reciprocamente. Questi atti formano la materia della giurisdizione del pretore peregrino, e de'presidi nelle provincie.

56. Un cittadino non può essere rappresentato da un altro negli atti giuridici.

Ecco un principio distintivo che bisogna mettere in veduta, perchè esso solo potrà rivelarci l'indole d'un gran numero di disposizioni del diritto romano. La persona del cittadino non può essere rappresentata da alcun'altra negli atti del diritto. Ciascuno dee intervenire, ed agire per se medesimo sulla scena giuridica, perchè la conseguenza degli atti si applica immediatamente a colui, che vi ha figurato. Sono attori senza maschera. Non per tanto il capo di famiglia può farsi rappresentare in gran numero di casi dai suoi schiavi o figli di famiglia, da coloro che sono sottoposti alla sua potestà, perchè essi portano la stessa maschera giuridica, la stessa persona del capo. Essi gestiranno, pronunzieranno le parole prescritte, e le conseguenze dell'atto apparterranno al capo, nella persona del quale la loro individualità viene ad essere assorbita (2). Fuori di questo caso non vi è rappresentazione di un cittadino per l'altro.

Tuttavolta col tempo questo rigore di principî si va temperando: si fa distinzione tra gli atti del diritto civile, e quelli del diritto delle genti (3).

Pei primi, che richieggono delle parole, e delle sollennità prescritte, rimane in vigore il diritto primitivo; pei secondi, avuto riguardo all'utilità, alla facilità delle contrattazioni (4), si ammette la possibilità di agire per procuratore, per agente di affari. E quantunque, secondo la stretta logica dei principî, le conseguenze dell'atto si applichino a colui, che ha agito, pure col mezzo di conti reciproci, di procedimenti indiretti, e d'interpetrazioni variate, secondo i casi, si giunge a farle cadere su colui, al quale l'affare realmente appartiene (5).

57. Volontà consenso (*consensus*); ignoranza (*ignorantia*); errore (*error*); dolo (*dolus bonus, dolus malus*); violenza e timore (*vis, et metus*).

Gli atti giuridici portano necessariamente la nozione dell'intenzione, della volontà dell' uomo, questo è l' elemento spirituale

(1) « Juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus, radicitus amputentur ». C. 2 38, 1, V. Hist. du droit n.° 89. pag. 345.

(2) In questo modo si rimedia in certi casi all' impossibilità di compiere gli atti giuridici pel capo di famiglia *infans*, che non può parlare. Uno de'suoi schiavi figurerà e parlerà nell'atto, ed il capo ne trarrà gli effetti.

(3) *Quod civiliter; quod naturaliter acquiritur* dice Modestin. *Dig. 41, 1, 53.*

(4) *Utilitatis causa* dice Paul. (*ratione utilitatis* dicono gl Imperadori Severo ed Antonin. *C. 7, 32, 1.*

(5) V. qui appresso lib. 1 alla fine del tit. 20. Dell'amministrazione del tutore. *2, 9,* § *3 e 5, 26* del mandato-

dell'atto; mentre che la forma ne è la veste materiale, la manifestazione fisica.

Alcuni atti si operano per la volontà d'una sola persona: allora vi è solamente volontà: altri esigono il concorso, l'accordo di due, o più volontà; allora vi è consenso (*consensus* da sentire *cum*), cioè adesione reciproca del sentimento degli uni al sentimento degli altri.

A questa teoria si riferisce quella sull'ignoranza (*ignorantia*), che consiste nel difetto assoluto di conoscenza di una cosa (da *in* privativo e *gnoscere* conoscere). Il difetto di conoscenza ha differenti effetti secondo cade sul diritto (*ignorantia juris*), o sul fatto (*ignorantia facti*). Il Digesto consacra un titolo all' esame di queste differenze (1);

Quella sull'errore (*error*), che consiste nella conoscenza falsa di una causa, e che può cadere altresì sul diritto, o sul fatto;

Quella sul dolo (*dolus*), che comprende ogni artifizio, ogni tergiversazione, cioè qualunque alterazione della verità ne'fatti o nelle parole adoperata con intenzione di indurre un altro in errore, a fine di determinare la sua volontà, ed i suoi atti. I romani distinguevano il dolo lecito (*dolus bonus*), adoperato nello scopo di difendersi; ed il dolo illecito (*dolus malus*) commesso nel fine di nuocere ad altrui. Quest'ultimo è definito da Labeone: « *omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, decipiendum alterum adhibita* » (2);

In fine la teoria sulla violenza (*vis*), che, per la minaccia d'un male imminente, o pel cominciamento d'esecuzione d'un male, produce nell'animo della persona minacciata il timore (*metus*), e così agisce come mezzo di costringimento sulla volontà.

La massima del diritto civile romano circa gli atti giuridici, che regola, è, che malgrado l'errore, il dolo, o la violenza, se il consenso è stato dato, se l'atto giuridico si è compiuto con le sue solennità, e parole, il suo effetto è prodotto, il diritto è creato, modificato, o estinto conformemente allo scopo dell'atto intervenuto. Ma il diritto delle genti non ammette questo principio; il pretore ne condanna l' iniquità, e per via di mezzi indiretti, d'ingegnosi procedimenti perviene a correggere quest'inflessibile materialismo del diritto civile.

§. III. — FATTI, O AVVENIMENTI NON GIURIDICI.

58. Idea de'fatti non giuridici — Principî regolatori delle loro conseguenze in diritto.

Noi qui notiamo tutti i fatti che sono oltre degli atti giuridici. Una moltiplicità di avvenimenti successi o compiuti nella sfera de' sensi, senza alcuno scopo di creare, di modificare, o di estinguere diritto veruno, non pertanto hanno delle conseguenze, che frequentemente producono tal'effetto, e che però importa di regolare.

In questa classe son compresi tutti gli avvenimenti, ai quali l'uomo rimane straniero. Altri se ne possono avverare con la sua partecipazione, ma senza sua volontà, altri in fine possono aver luogo per effetto della sua volontà. Alcuni sono leciti, altri illeciti.

» Niuno dee arricchirsi a danno altrui, (3) ».

» Ognuno è obbligato a riparare il danno cagionato per sua colpa (4) ».

Queste due massime, che i giureconsulti romani formolano in ogni occasione ed in tanti svariati modi, e che Ulpiano laconicamente riassume in questi termini: *alterum non laedere, suum cuique tribuere*, dominano in questa materia: da queste vien regolata la più parte delle conseguenze giuridiche di siffatti avvenimenti.

Bisogna aggiungervi questa terza regola, che altresì si presenta sotto diverse forme nella giurisprudenza: « Ciascuno, salvo i regressi, che potrebbero risultare dalle due massime precedenti, corre il rischio in bene o in male della cosa, o de'diritti, che gli appartengono. » (5).

(1) *Dig. 22, 6, De juris et facti ignorantia.*

(2) *Dig. 4, 3, 1* §. *2 f. Ulp.*

(3) « Jure nature aequum est neminem cum alterius detrimento, et injuria fieri locupletiorem ». *Dig. 50. 17. 206. f. Pomp.—12. 6. 14. f. Pomp.* — « Bono et aequo non convenit, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum». *Dig. 23. 3. 6.* §. *2. f. Pomp.* Nemo ex suo delicto meliorem suam facere conditionem potest. *Dig. 50. 134,* §. *1. f. Ulp.*

(4) Non debet alteri per alterum iniqua inferri conditio ». *Dig. 50, 17. 74. f. Papin.* — « Non potest mutare consilium suum in alterius injuriam »; *Ivi 75. f. Pap.* — « Naturalis simul, et civilis ratio suasit alienam conditionem meliorem quidem (etiam) ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse ». *Dig. 3, 5, 39. f. Gai.*

(5) « *Secundum naturam est commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incomoda* ». Dig. 50, 17, 10, f. Paul. — « *Injuriam, quae tibi facta est penes te manere, quam ad alium transferri aequius est* ». Dig. 46. 1. 67. f. Paul.

§. IV. — ELEMENTI INSEPARABILI DA' FATTI.

59. Il tempo (*dies*); il luogo (*locus*).

L'idea del fatto ne comprende essenzialmente, inseparabilmente due altre: quella del tempo, frazione dell'eternità, e quella del luogo, frazione dell'immensità; il posto, che il fatto occupa nella durata, quello che tiene nell'estensione; ciascuno con la sua parte d'influenza nel diritto.

Il tempo, nella lingua del diritto romano, comunemente vien designato con la parola *dies*, perchè nella più parte de'casi il giorno è la misura giuridica del tempo.

Il tempo in cui l'avvenimento ha avuto luogo, la relazione d'anteriorità o di posteriorità di fatto con l'altro (1); il tempo della sua durata (2); — il tempo per rapporto alla vita delle persone dalla nascita fino alla morte, che costituisce le diverse gradazioni dell'età; — il tempo a cominciar dal quale i diritti cominciano ad esistere, o ad essere esigibili (*dies a quo*, *a die*, *ex die*); — quello nel quale dovranno spirare (*dies ad quem*; *ad diem*), che costituisce il termine (detto altresì *dies* nel diritto romano); — il tempo in cui il procedimento giudiziario, per l'adempimento de' diritti dee e può aver luogo; — il tempo, nella negligenza usata in tal procedimento: ecco tanti aspetti, sotto i quali si presenta l'influenza del tempo sopra i diritti. — A questa materia si riferisce l'antica distinzione de'giorni in fasti e nefasti, quelli che erano, e quelli che non poteano essere consacrati agli affari, ed ai procedimenti giuridici (*dies fasti*, *dies nefasti*); — la misura per giorni utili, cioè contando solo quelli, in cui niun ostacolo nè fisico nè giuridico impediva di agire; e quella per giorni continui, cioè per giorni nel loro decorrimento successivo, senza interruzione, senza distinzione degli uni nè degli altri (*tempus utile*, *dies utiles*: *tempus continuum*, *dies continui*); — infine gli altri diversi modi di contare il tempo, perchè la misura non è sempre la stessa nelle diverse applicazioni del diritto.

Il luogo (*locus*) figura anch'esso nella costituzione de'diritti, comechè con minore importanza del tempo. Così per es. il luogo della nascita, il luogo della sede giuridica o domicilio, il luogo della presenza corporale delle persone, il luogo della situazione delle cose, il luogo, ove i diritti debbono essere esercitati, e le obbligazioni adempiute, il luogo dove se ne dee fare la domanda giudiziaria.

§. V. — ACCERTAMENTO (*constatazione*) DE' FATTI.

60. Pruova (*de probationibus*).

Non basta l'esistenza del fatto, perchè se ne deduca il diritto, bisogna che questa esistenza sia certa (constatata) che, in caso di contestazione, di negazione dalla parte di coloro i quali vi hanno interesse, se ne faccia la pruova.

La pruova (*probatio*) consiste sempre senza alcuna eccezione in un'operazione del raziocinio, in una deduzione logica, che da certi fatti noti ci fa arguire dell'esistenza del fatto ignoto.

Le dichiarazioni de' testimoni (*testes*); i monumenti (*monumenta*: da *monere* avvertire); le scritture, le impronte, segni, o vestigi; le confessioni (*confessio*); il giuramento (*jusjurandum*) sono tanti fatti, che possono servire a trarre questa conseguenza, con più o meno di certezza nella deduzione, o come comunemente si dice, sono de'mezzi di pruova più o meno concludenti.

A tutti questi mezzi di pruova si applica nel diritto romano la dicitura di *instrumenta* presa nel suo senso più generale (3). Essi sono o pubblici o privati, o anche domestici (*instrumenta publica*, *privata*, *domestica*).

Nondimeno in un senso più ristretto *instrumenta* dinota propriamente le scritture redatte, per conservare la memoria dell'atto; scritture, alle quali si dà pure una moltitudine di altri nomi: quelli di *scripta*, *scriptura* tratti dalla stessa scrittura, quelli di *tabulae*, *codex*, ed il suo diminutivo *codicilli*, *cerae* (tavolette incerate) *membranae* (pergamena) *chartae*, carte, tratti dalla materia che contiene la scrittura, quelli di *chirografum* (da χείρ mano, e γράφω scrivere), per la scrittura provenuta dalla mano della persona obbligata (4); syngraphae (da σύν con, e γράφω scrivere), per le scritture segnate dalle diverse parti, e consegnate in differenti originali a ciascuna di

(1) Per esempio per la nascita, o per la morte delle persone quanto al diritto di eredità.

(2) Per es. per l'acquisto per mezzo del possesso.

(3) *Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest. Dig.* 22, 4, 1 *f. Paul.*

(4) *Dig.* 2, 14, 47 §. 1 *f. Scaev.* — 22. 1, 41 §. 2 *f. Modest.*

esse; *apocha* quietanza (da ἀπέχω ricevere), ed il suo corrispondente *antapocha* (da ἀντί in cambio di, ed *apocha*) dichiarazione che si è ricevuta la quietanza (1); in fine qualche volta il nome molto generale di *cautio* (da *cavere* prendere, o dare sicurtà), perchè la scrittura fornendo un mezzo di prova è una sicurezza (2).

Sovente quando si compie un atto giuridico, o anche quando è avvenuto un fatto non giuridico, le persone interessate fanno intervenire nell'atto, o anche raccolgono dopo l'avvenimento diversi elementi di pruova, che loro serviranno a comprovare l'esistenza del fatto, il quale genera per esse taluni diritti. È importante di non confondere nel compimento degli atti giuridici le formalità, che intervengono per precauzione, per la pruova solamente (*ad probationem*), senza che siano necessarie alla essenza dell'atto (salvo la difficoltà di provarne l'esistenza), con le solennità essenziali, il cui adempimento è indispensabile alla validità dell'atto giuridico, e senza delle quali quest'atto non esisterebbe.

La quistione di sapere su chi, in caso d'incertezza o di negazione di un fatto, debba cader l'obbligo di farne la pruova, è una delle più importanti, e spesso delle più dilicate in diritto. Essa è regolata da questo principio generale, che chi invoca un fatto, come quello che ha creato, modificato, o estinto qualche diritto, egli è tenuto a provarne l'esistenza (3). Che cosa è in sostanza un fatto? Niente altro che un cangiamento di stato nella sfera delle percezioni; dunque colui che pretende, che vi sia stato cangiamento, che qualche cosa di nuovo sia sopravvenuta in questa sfera, e per conseguenza nello stato de'diritti, è tenuto a provare il cangiamento: fino a questa pruova si resta nello *statu quo*.

61. Presunzioni (*de praesumptionibus*).

Qualche volta il diritto (presso i romani non solamente la legge positiva, ma la giurisprudenza, la scienza giuridica) fa esso stesso ed anticipatamente l'operazione del raziocinio, la deduzione logica, esso stesso anticipatamente da certi fatti noti, o posti in ipotesi deduce la conchiusione all'esistenza del fatto ignoto. Questo è quel che veramente chiamasi presunzione (*praesumptio* da *prae*, e *sumere* prendere, dedurre anticipatamente). Il diritto in un'operazione logica così anticipatamente fatta, non può, com'è chiaro, prendere la sua deduzione ne'particolari del fatto, che non è ancora accaduto, ma la prende ne'fatti generali, in ciò che sempre, o più frequentemente avviene. Esso in somma fa un *generalizzamento*.

In taluni casi il diritto procede a questa operazione di generalizzare imperiosamente, irrevocabilmente, senza permettere, che vada soggetta ad esser combattuta dalle specialità di ciascun fatto. Tal'è il caso di questa massima: *res judicata pro veritate accipitur* (4); tal'è quello della regola che respinge dalla famiglia, come non appartenente al marito, il fanciullo nato dieci mesi dopo la morte di quest'ultimo (5); tali sono ancora alcuni altri casi (6). Questa è quella presunzione appunto, che i comentatori in lingua barbara, che non ha mai appartenuta al diritto romano, han chiamata *praesumptio juris, et de jure*.

In altri casi il diritto riduce a regola generale, ma ammettendo con più, o meno latitudine la prova contraria; cioè permettendo alle parti di combattere la deduzione dei fatti generali per mezzo de'particolari proprî a ciascun fatto speciale, affine di stabilire che la regola generale non è esatta nel caso in disamina (7). Questa presunzione i comentatori han nominata, sempre di loro sola autorità: *praesumptio juris tantum*. Essa fa cadere l'obbligo della pruova su colui, contro del quale esiste la presunzione.

Si vede che la presunzione consiste assolutamente nella stessa operazione intel-

(1) *C. 4. 21, 19 const. Justinian.*

(2) *Dig. 2, 14, 2 §. f. Paul. e 47 §. 1 f. Scaevol. — 22, 3, 25 f. Paul.* — Bisogna ben guardarsi di dare nel diritto romano alla parola *cautio* il senso speciale, che noi le diamo nel diritto francese. Essa è una voce generalissima, che si applica ad ogni sicurità, ad ogni garentia data da una parte all'altra.

(3) *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.* (*Dig. 22, 3, 2, f. Paul.*)

(4) *Dig. 50, 17, 207 f. Ulp.*

(5) *Dig. 38, 16, 3 §. 11. f. Ulp.*

(6) Per es. *Inst.* 3, *26 e C. 4, 30, 14 const. Justiniam.* per l'eccezione *non numeratae pecuniae.*

(7) Per es. le diverse presunzioni relative alla filiazione: *Pater is est, quem nuptiae demonstrant. Dig. 2, 4, 5 f. Paul. Credendum est eum qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum esse. Dig. 1, 5, 12, 19 Paul. e 38, 16, 3 §. 12 f. Ulp.* e pel caso di assenza del marito. *Dig. 1. 6. 6 f. Ulp.*—Per la consegna del titolo al debitore. *Dig. 2, 14, 2 §. 13 1 f. Paul.* — pel titolo cancellato. *Dig. 22. 3, 24. f. Modest.* — per l'intenzione presunta di comprendere gli eredi negli atti che uno fa; *22, 3. 9 f. Cels.*

lettuale, che la pruova: sempre si ha la conseguenza tratta da fatti noti a fatti ignoti. Sol che nella presunzione l'operazione è fatta anticipatamente, e per vedute generali, indipendentemente da qualunque particolare esame de'fatti speciali. Si vede ancora come sarebbe erroneo, cedendo alle idee, e alle impressioni del linguaggio volgare, il credere che la presunzione, nella lingua del diritto, sia inferiore alla prova, e che abbia meno forza o certezza di quella, mentre essa la predomina, e qualche volta comanda irrevocabilmente sulla medesima.

Circa le presunzioni, cioè le deduzioni anticipate e tratte dalla generalità de'fatti, le quali possono sorgere nell'animo del giudice, o de'particolari, esse nel diritto romano non son classificate a parte, nè separate dalle altre diverse pruove.

Tutta questa materia, vale a dire tutto ciò che si riferisce all'accertamento de'fatti, era per altro accuratamente trattato da' giureconsulti (1).

62. Fatti dubbiosi *(de rebus dubiis)*.

Vi sono infine de'casi, in cui un dubbio difficile a risolversi circonda i fatti.

Ciò può incontrarsi negli atti giuridici, quanto alle intenzioni, ed alle manifestazioni delle parti; spezialmente in quelli, che non van soggetti ad alcune formole prescritte, immutabili ne'loro termini: allora vi è luogo all'interpetrazione.

Ciò può ancora aver luogo a riguardo degli avvenimenti. E talvolta la posizione giuridica è tale, che qualunque sia l'incertezza, bisogna assolutamente uscirne in un modo o nell'altro, bisogna dare una soluzione qualunque. Allora la legge, la scienza giuridica ne danno una, e spesso non tanto perchè essa sia probabile, quanto perchè è indispensabilmente necessaria, o conforme a'dettami d'umanità, di benevolenza, o d'utilità (2).

I giureconsulti romani hanno in molte occasioni esercitato su questi casi dubbiosi la sottigliezza della loro mente (3).

§. VI. — FATTI DI PURA CREAZIONE, DI PURA SUPPOSIZIONE GIURIDICA.

63. Finzioni del diritto civile o del diritto pretorio.

Il diritto crea delle persone, e delle cose che non esistono; in pari modo crea, in astrazione de'fatti puramente immaginarii.

Ciò è a dire che questi fatti, comunque non aventi alcuna realtà, sono stabiliti intellettualmente, e da'quali se ne deducono i diritti, non altrimenti che se fossero esistiti.

Questo è ciò che chiamasi finzioni (*fictiones*). La giurisprudenza romana ce ne offre un gran numero; alcune appartengono allo stesso diritto civile (4), ma la maggior parte sono immaginate dal diritto pretorio. Ed i comentatori per un dippiù le hanno vedute in molte ipotesi, in cui non ve n'erano affatto (5).

Lo scopo più frequente di queste finzioni era di palliare la transizione del diritto civile primitivo, rozzo, ed inflessibile ad un diritto più equo, e più filosofico. Per estendere gli effetti del diritto civile ad alcuni casi, che realmente non eran compresi nelle sue disposizioni, o per evitare le sue conseguenze, quando sembravano troppo rigorose, si supponevano alcuni fatti, alcuni attributi di pura invenzione, e si operava, come se questi fatti esistessero. Il pretore spezialmente usava di questo sutterfugio nella sua incessante opera d'incivilimento sul diritto primitivo (6).

In somma, a prescindere da quest'uso particolare, che forma uno de'tratti carat-

(1) *Dig. 22, 3. De probationibus et praesumptionibus; 4 de fide instrumentorum, e 5 de testibus; 42, de confessis; 12, 2 de jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali* — E nel codice di Giustiniano i titoli corrispondenti.

(2) Tali sono con distinte gradazioni i casi di diverse persone, che hanno de'diritti reciproci subordinati alla morte dell'una, o dell'altra, e morte nello stesso avvenimento, senza che sia possibile di determinare in fatto chi sia morta la prima. — *Dig. 34, 4, 9 § 5, f. Tryph.; 16. pr. f. Marcian. 22, f. Javol. 23 f. Gai.*

(3) *Dig. 34, 5,* de rebus dubiis.

(4) Tali sono quelle, delle quali si trattava in un passo delle Istituta di Gaio dove una pagina intiera di manoscritto si è perduta, e sulle quali non abbiamo che due paragrafi. *Gai. 4*, §§. *32 e 33*.

(5) Così nè il *postliminium*, nè le disposizioni della legge Cornelia, che i comentatori chiamano generalmente finzione della legge Cornelia, sono state così qualificate nel diritto romano. V. nondimeno ciò che noi ne abbiam detto più appresso 1, 12, §. 5, e 2, 12, §. 5.

(6) Così suppone qualche volta l'esistenza della qualità di erede *(Gai. 4, §. 34.)*, compiuta l'usucapione (*Gai. 4, §. 36.*), o in senso inverso non compiuta (*Inst. 4, 6 §. 5.*); la qualità di cittadino in uno straniero (*Gai. 4, §. 37.*), la diminuzione di capo non avvenuta, quantunque abbia avuto luogo (*Gai. 4, §. 38.*). Da ciò tutte quelle azioni dette *fictitiae actiones*.

teristici del diritto romano, le finzioni, o supposizioni giuridiche de'fatti non son altro che una maniera più laconica di formolare le disposizioni, che si vogliono applicare ad un evento, col dire: i diritti saranno determinati come se tal fatto avesse avuto luogo (1).

Il domicilio, o la sede, la dimora giuridica d'una persona, per l'esercizio di certi diritti, non è altro, soprattutto nella nostra legislazione, che un fatto di questa natura, cioè un fatto di creazione giuridica.

CONCLUSIONE DELLA PRIMA PARTE

64. Formazione de' diritti.

Tutti gli elementi indispensabili a questa formazione ci son noti; abbiamo il subietto attivo, e passivo nelle persone, l'obbietto nelle cose, la causa efficiente ne'fatti.

Ad ogni modo di essere, ad ogni combinazione di questi tre elementi, si applichi sia la nozione filosofica di ciò che è buono ed equo (*jus, ars boni et aequi*), sia la nozione positiva di ciò che è ordinato legislativamente (*jus, lex, quod jussum est*), e si avranno per conseguenze immediate e varie, secondo i casi, i diritti, *jura*, cioè le facoltà, e vantaggi conferiti dal diritto.

Così il diritto (*jus*) preso nel suo primo significato (V. qui sopra pag. 3. n 1), come scienza di ciò che è buono ed equo, o di ciò che è ordinato, applicato alla combinazione di questi tre elementi, le persone, le cose, i fatti, dà per conseguenze i diritti (*jura*), presi nel secondo significato della parola (pag. 4, n. 2), come effetto, come risultamento.

I diritti son formati. Diamo ora qualche idea generale e rapida su ciò che li riguarda, considerandoli in loro stessi.

(1) Non altro è ciò che concerne il *postliminium* e la legge Cornelia.

PARTE SECONDA

De' diritti e delle azioni.

TITOLO PRIMO — DE' DIRITTI

CAPITOLO I. — CLASSIFICAZIONE GENERALE DE' DIRITTI.

65. Diritti personali; diritti reali; classificazione non formolata nel diritto romano.

Diritto è quì, ogni facoltà che ha una persona di fare, di omettere, o di esigere qualche cosa (pag. 4, n. 2).

La sfera è ben larga: è mestieri che lo spirito d'analisi venga a discernere le varietà e particolareggiarne le idee con una buona classificazione.

La giurisprudenza romana non ha formolata una divisione generale, sotto la quale abbia ordinate tutte le diverse specie di diritti. Ma da alcune indicazioni sparse, e dal ravvicinamento degli effetti analoghi si è tratta una classificazione oggidì volgare, e da tutti ricevuta, la quale comechè non appartenga al diritto romano, pure da esso si è dedotta.

I diritti si dividono in diritti personali, e diritti reali.

Noi accettiamo siffatta divisione, perchè è esatta, quando però sia ben definita.

66. Idea del diritto personale, e del diritto reale.

Su questa definizione vi sono pressochè tante idee, quanti sono stati gli autori.

Facendo per poco astrazione dalle tradizioni romane, per aver ricorso al puro ragionamento filosofico, ecco la nozione, che noi crediamo potersene dare.

Non esiste diritto che di persona a persona; ogni diritto ha per conseguenza un subbietto attivo, ed uno o più subbietti passivi, i quali sia attivi, sia passivi, non possono esser che persone. Sotto questo rapporto dunque ogni diritto è personale.

Ogni diritto oltre il subbietto attivo, ed il subbietto passivo ha inoltre e necessariamente un obbietto, il quale nel senso più generale è designato sotto il nome di cosa. Ogni diritto ha dunque una cosa per obbietto, e da questo lato ogni diritto è reale.

Così ogni diritto, senza eccezione, è ad un tempo stesso personale quanto al suo subbietto tanto attivo che passivo, e reale quanto al suo obbietto.

Ma la maniera nella quale possono nel diritto figurare e funzionare sia le persone, in qualità di subbietto attivo o passivo, sia le cose in qualità d'obbietto, presenta delle gradazioni ben distinte.

Ogni diritto in sostanza, se si vuole andare al fondo delle cose, si riduce alla facoltà pel subbietto attivo di esigere dal subietto passivo qualche cosa: or la sola cosa che sia possibile di esigere immediatamente da una persona, è ch'essa faccia, o si astenga dal fare, ciò è a dire, un'azione o una inazione. A ciò veramente si riduce ogni diritto. Questa necessità pel subbietto passivo di fare, o astenersi, è ciò che in linguaggio giuridico dicesi obbligazione. Ogni diritto dunque in ultima analisi, consiste in un'obbligazione.

Ma queste obbligazioni sono di due sorte: Una generale, che si estende alla massa, al complesso di tutte le persone, la quale consiste nella necessità per tutti, senza distinzione, di lasciar fare al subbietto attivo del diritto, di lasciargli ritrarre il profitto, che il suo diritto gli attribuisce, e di non apportarvi alcun turbamento, alcun ostacolo. Quest'è una obbligazione generale d'astenersi, ed esiste in qualunque specie di diritti. In qualunque diritto ciascuno è tenuto di astenersi da ogni molestia, da o-

gni ostacolo al godimento, all'esercizio del diritto altrui. Si può dire che in ogni diritto vi è sempre da una parte il subbietto attivo, al quale il diritto è attribuito, e dall'altra la massa di tutti gli uomini di tutte le persone obbligate di astenersi, di lasciar fare a colui, al quale il diritto appartiene, di lasciargliene liberamente ritrarre il profitto, i vantaggi.

Ma se quest'obbligazione generale, e collettiva esiste in ogni diritto, vi sono de'casi, in cui essa è sola, e non ve ne ha alcun'altra, in cui il diritto conferisce al subietto attivo la facoltà di ritirar direttamente da una cosa un vantaggio, una utilità più o meno estesa, senz'altra obbligazione, che quella imposta a tutti di lasciarlo fare, di astenersi da ogni molestia, da ogni ostacolo.

Per contrario vi sono de' casi, ne'quali oltre siffatta obbligazione generale sempre esistente, il diritto conferisce al subbietto attivo la facoltà di costringere individualmente una persona ad un'azione, come dare, fornire, fare qualche cosa; o ad una inazione, come soffrire, lasciar fare qualche cosa. In questo caso il subbietto passivo del diritto è per così dire doppio; da una parte la massa, l'insieme di tutte le persone obbligate tutte unicamente a non mettere alcun ostacolo al godimento del diritto; dall'altra il subbietto individualmente passivo obbligato di fare, o di non fare qualche cosa.

Noi siamo abituati a fare astrazione dall'obbligazione generale, che sempre si estende sulla massa di tutte le persone, e quest'abitudine proviene sia dal non averla sufficientemente percepita, sia perchè, esistendo in tutti e due i casi, non è necessario che vi si abbia riguardo per notarne la differenza.

Fatta così quest'astrazione, la differenza, che esiste tra i due casi, si spiega ne'seguenti termini:

Nel primo caso non v'è alcuna persona, che sia individualmente il subbietto passivo del diritto; per modo che analizzato siffatto diritto, prescindendo dalla massa di tutte le persone obbligate ciascuna di astenersi da ogni molestia, non vi si trova che una persona subbietto attivo, ed una cosa obietto del diritto. Siffatto diritto si è chiamato reale.

Nel secondo caso esiste in oltre una persona come subietto individualmente passivo del diritto, cioè contro la quale personalmente è attribuito il diritto. Vi si trovano per elementi, sempre prescindendo dalla massa generale obbligata di astenersi da ogni molestia, una persona subietto attivo, un'altra persona subbietto passivo, ed una cosa obbietto del diritto. Siffatto diritto è stato denominato personale.

Insomma un diritto personale è quello, nel quale una persona è individualmente subbietto passivo del diritto. Dritto reale si dice allora che questa passivita non è più individuale.

O in termini più semplici:

Un diritto personale è quello che dà la facoltà di costringere individualmente una persona ad una prestazione qualunque (cioè a dare, fornire, fare, o non fare qualche cosa);

Un diritto reale è quello che dà la facoltà di ritrarre da una cosa qualunque un vantaggio più, o meno esteso:

Fatta astrazione così nell'uno, come nell'altro caso dalla massa di tutte le persone sempre obbligate ciascuna ad astenersi da ogni turbamento ed ostacolo al godimento ed all'esercizio del diritto.

La nozione così data è larga: tutti i diritti, senza eccezione, in qualunque modo acquistati, esercitati, o domandati in giudizio (1), e qualunque sia la cosa, corporale o incorporale, che ne formi l'obbietto (2), van collocati nell'una o nell'altra categoria.

Essa non è arbitraria, ma deriva necessariamente dalla natura delle cose, comanda all' uomo, è immutabile e si riproduce inevitabilmente in ogni legislazione.

Del rimanente i diritti personali esistono nella società a riguardo di tutti, non altramente che i diritti reali. Supporre il contrario è un errore. Quando io son creditore, ciò è vero non solo pel mio debitore, ma per tutti. Il mio diritto di credito esiste, e fa parte della mia fortuna, in questa qualità, ed in riguardo a ciascuno (3); esso in caso di bisogno sarà protetto contro ciascuno, se avvenga che un terzo vi attenti (4).

(1) Così non solamente quelli che sono protetti dalle azioni, ma anche quelli che sono soltanto garentiti dalle eccezioni.

(2) Così i diritti che si riferiscono allo stato dell'uomo, alla sua individualità corporale, o morale.

(3) Così i miei creditori potranno trovarvelo al bisogno, e farsene attribuire il profitto.

(4) Se un terzo distrugga i miei titoli di credito, se impedisca fraudolentemente, o violentemente il mio debitore dall'adempiere la sua obbligazione; se col mezzo del possesso, de'titoli, e d' una

Ma oltre la massa generale, il mio debitore è individualmente il subbietto passivo di questo diritto. Nel diritto reale al contrario alcuna persona, salvo la massa generale, non ne è individualmente passiva; non più l'una e l'altra.

67. Diverse denominazioni de' diritti reali, e de' diritti personali.

Jus in re pe' diritti reali; *jus ad rem* pei diritti personali, denominazioni barbare introdotte nel medio evo, e che non hanno fatto mai parte del linguaggio del diritto romano (1). La prima apparve nel *Brachilogo*, sommario del diritto di Giustiniano, composto in Lombardia, al dodicesimo secolo (2). Tutte e due poi s'incontrano nel tredicesimo secolo opposte l'una all'altra nelle costituzioni pontificie (3); e pare che dal diritto canonico siano passate nella giurisprudenza secolare. Farebbe d'uopo di purgarne la nostra lingua giuridica.

Jus in rem pei diritti reali; *jus in personam* pei diritti personali; denominazioni imitate da alcune voci analoghe del dritto romano, ma che nel senso che qui loro si dà, non appartengono a quel diritto più che le precedenti (4).

Diritto assoluto, *diritto relativo*: denominazioni proposte filosoficamente, senza alcuna pretensione di aver relazione con la lingua de' giureconsulti di Roma, e certamente molto più ragionevoli delle precedenti, ma noi egualmente le respingiamo, perchè pare contenersi in esse l'idea che il diritto assoluto esiste a riguardo di tutti, mentrechè il diritto personale o relativo non esisterebbe che a riguardo delle persone passive di questo diritto. Ogni diritto dal momento che esiste, esiste in riguardo a tutti, e dev'esser protetto nel bisogno, contro ciascuno (5). Solamente nel diritto reale non è individualmente passiva persona alcuna, mentre nel diritto personale una persona è il subbietto individualmente passivo.

Diritti reali, *diritti personali:* ecco le denominazioni volgari, e consacrate dall'uso generale, che noi per tal cagione adottiamo, come termini convenzionali, quantunque non rendano compiutamente l'idea, e non sieno interamente esatte, giacchè ogni diritto, senza eccezione, è personale quanto ai subbietti che vi figurano, e reale quanto all'obbietto.

Ma facciamo osservare, e questa sarà la

supposizione di persona si sostituisca, e si faccia pagare in mia vece, in una parola se egli attenti al mio diritto e mi cagioni per sua colpa un danno in ciò che riguarda questo diritto, qualunque sia questo terzo, io avrò azione contro di lui. Per questo riguardo non v'ha differenza tra diritti personali e reali, solamente per questi ultimi, gli attentati, che i terzi vi possono commettere son ben più facili ad avvenire, e più numerosi.

(1) Si trovano talvolta ne' frammenti de' giureconsulti nel Digesto, e nel codice di Giustiniano le espressioni *jus in re* o *jus in rem*, ma applicate indifferentemente sì per diritti personali, che per reali. Così si può vedere. *Dig. 9, 4, 30, Gai.* — *39, 2, 19, pr. f. Gai* — *32*, (3.) *20, f. Ulp.* — *47, 8, 2, §. 22, f. Ulp.* in certi casi, in cui trattasi di credito, fedecommesso, deposito, commodato, affitto. — V. anche *Dig. 50, (1.) 71, §. 5, f. Ulp.* — *Cod. 7, 39. 8, §. 1. const. Justin.*

(2) Vi si legge a proposito delle azioni reali: *Cum in rem, quam (adversarius) possidet aliquod me jus dico habere* ». *Brachil. lib. 4, tit. 19. in fin.* — E parlando dell'usufrutto: « *Jus in re consequitur quis actione in rem proposita de usufructu* ». *Lib. 4, tit. 25, §. 8.*

(3) « . . *Quis eorum* jus habeat in praebenda». — *Haberejus decernimus* in eadem — « Ius *vero quod secundo* ad praebendam *non* in praebenda.. *competabat.* » *Sexti Decr. 3. 4. 40*, Bonifazio VIII. 13.° secolo » *Vel aliorum quorumcumque beneficiorum in quibus jus non esset quaesitum* in re, *licet* ad rem.» *Sexti Decret. 3, 7, 8*, Bonifazio VIII. 13. secolo— « *A jure si quod* in hujusmodi beneficio, *vel* ad ipsum *forsitan competebat* ». Clementi. 2, 6, Clemente V. 14.° secolo — « . . . Jus ad rem *expectantibus dicta beneficia* ». *Extravag. Giovan. XXII. 4, 1.* 14.° secolo.

(4) Le azioni si dividevano dai giureconsulti romani in azioni *in rem*, ed azioni *in personam*; lo stesso per le eccezioni, e per i patti. Noi vedremo, trattando di queste materie, e sopratutto del sistema delle formole, come queste diciture erano opportune, e si trovavano in armonia con la procedura formolaria. Ma non bisogna trasferirle ad altre cose.

(5) Tra i diritti uno non è più assoluto dell'altro: l'intera società è sempre garante di ogni diritto, e la massa delle persone è sempre obbligata di astenersi di portare turbamento ed ostacolo al godimento, ed all'esercizio di qualsivoglia diritto. L'errore viene principalmente dall'immaginare, che quando io intento un'azione reale contro chiunque attenta al mio diritto reale, come un'azione in revindicazione della mia proprietà, io esercito questo diritto. Io l'esercito quando mi servo della cosa, quando ne percepisco i frutti, quando ne dispongo in un modo, o in un altro. Nell'esercizio di un diritto reale non vi è mai una persona intermedia individualmente passiva tra me e la cosa; questo è il carattere distintivo di siffatto diritto. Ma quand'io intento un'azione reale contro qualunque possessore, io non esercito il mio diritto, lo difendo, voglio farlo riconoscere. Nè più nè meno che se un terzo qualunque s'impadronisse del mio titolo di credito, si sostituisse alla mia persona, volesse farsi pagare in mia vece, io avrei il diritto di difendere, e far riconoscere il mio diritto. Insomma i diritti sì reali, che personali esistono in riguardo a tutti: la società è sempre parte garante in qualsivoglia diritto; ma niuno è subbietto individualmente passivo de' primi: quanto ai secondi una persona ne è individualmente passiva.

nostra conclusione, che siffatte dizioni sono egualmente straniere al diritto romano; che in esso una tal divisione generale non era formolata metodicamente, e per conseguenza non v'era il nome corrispondente.

CAPITOLO II. — DIRITTI PERSONALI.

§. 1. — OBBLIGAZIONE

68. Nozione generale dell' obbligazione, o diritto personale.

In questa spezie di diritti figura sempre una persona come subbietto attivo, ed un altra come subbietto individualmente passivo del diritto. Quest'ultima è in una specie di relazione di dipendenza rispetto all'altra. Essa è in certo modo legata alla prima per l'esecuzione del diritto, di cui è passiva. Quindi i termini derivano tutti dalla stessa figura di linguaggio. Si tratta sempre d'un legame, d'un vincolo: *obligare* (da *ob*, e *ligare* legare), *obligatio vinculum juris*; *adstringere* (legare a), *contrahere* (legare insieme), *contractus*, per designare questo diritto, o i suoi effetti, o certi modi della sua formazione, *solvere* (sciogliere) *solutio* per la sua estinzione.

Lasciando ogni figura di lingua, l'obbligazione non è altro, che la necessità giuridica imposta ad una persona verso di un' altra di fare una prestazione.

Questo è il diritto personale guardato dal lato passivo.

In fatti se dal lato attivo, cioè considerato nel subbietto che ne gode, il diritto personale è la facoltà di costringere una persona a fare una prestazione; dal lato passivo, cioè nel subbietto che ne soffre, è la necessità di fare questa medesima prestazione.

Sotto il primo punto di veduta il diritto personale appellasi presso di noi credito; presso i romani *nomen*, meno generalmente *creditum*; ed il subbietto attivo, al quale il diritto appartiene, creditore *creditor* (da *credere* aver confidenza, aver credito: il che non è sempre esatto, perchè molti crediti nascono involontariamente, senza atto di confidenza da una parte all'altra).

Sotto il secondo punto il diritto personale appellasi obbligazione, *obligatio*, ed il subbietto passivo, contro cui individualmente esiste il diritto, debitore *debitor* (dal dovere, o necessità giuridica che gli è imposta).

(1) *Dig. 44, 7, 3, pr. fr. Paul.*

L'obbietto immediato di ogni obbligazione è sempre un' azione da esigersi da una persona, prendendo la parola azione nel suo senso più generale, azione di dare, di fornire, di fare, o di astenersi. Le cose che si debbono dare o fornire, non sono l'obbietto dell'obbligazione che in second'ordine, in ultima linea, perchè finalmente ad esse si vuole e si dee pervenire. I giureconsulti romani aveano sentita questa verità, e Paolo l'esprime in questi termini: « *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum, vel praestandum* » (1).

Dare, *facere*, *praestare* son tre parole, la cui riunione era sacramentale nelle formole del diritto romano per abbracciare in tutta la sua generalità l'obbietto possibile di qualsivoglia obbligazione. *Dare*, trasferire la proprietà romana, *facere*, compiere un fatto, o anche soffrire, astenersi; *praestare*, fornire, procurare un vantaggio un' utilità qualunque. Questi due ultimi termini sono di grandissima estensione: *facere*, potrebbe in sostanza comprenderli tutti, e *praestare* altresì, giacchè questa voce abbraccia ogni sorta di vantaggio a procurare cose corporali, diritti, fatti positivi o negativi. Donde la parola generale *prestazione*.

Alla materia de' diritti personali si riferiscono la nozione dell'obbligazione propriamente detta presso i romani; le regole sulla formazione, trasmissione, ed estinzione delle obbligazioni; infine la nozione di certi diritti personali che nella legislazione e nella giurisprudenza romana, non sono, propriamente parlando, delle obbligazioni.

69. Obbligazione propriamente detta presso i romani.

L'obbligazione è definita nelle Istituzioni di Giustiniano: *Juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura* (1). Questa definizione non si applica che all'obbligazione esistente secondo il diritto civile. Questa è in fatti l'obbligazione civile (*civilis obligatio*). Nondimeno la giurisdizione pretoria ha introdotto delle obbligazioni, che non esistevano nel diritto civile, e le

(1) *Inst. 3, 13, pr.*

ha munite di mezzi pretorii, per metterle ad effetto; queste si chiamano obbligazioni pretorie, o onorarie (*praetoriae et honorariae obligationes*). In fine la giurisprudenza sul fondamento unico del diritto delle genti, e della ragione ha fatto riconoscere talune obbligazioni, che non sono confermate nè dal diritto civile, nè dal pretorio, e che si chiamano obbligazioni naturali (*naturales obligationes*).

L'effetto principale dell'obbligazione civile consiste nella necessità pel debitore di fare la prestazione, a cui è tenuto, ed in conseguenza nel diritto, che ha il creditore di chiamarlo innanzi al potere giudiziario per costringervelo. Questo si esprime, quando si dice, che l'obbligazione civile dà al creditore un'azione civile contro il debitore. L'obbligazione pretoria produce altresì un' azione, ma solamente un azione pretoria. Quanto all'obbligazione naturale essa non dà al creditore il diritto di perseguitare il debitore, per costringerlo alla prestazione, che forma l'oggetto di siffatta obbligazione. La necessità imposta al debitore è meno forte. Il creditore non può altrimenti farla valere che per occasione e con mezzi meno diretti. In essa nòn vi è obbligazione propriamente detta nè civile, nè pretoria.

70. Formazione delle obbligazioni.

Ogni diritto è prodotto da un fatto; in conseguenza non vi è obbligazione che da un fatto non derivi.

I fatti, che la pura ragione filosofica ci offre come atti a generare delle obbligazioni si riducono ai quattro seguenti.

1. Il consenso scambievole delle parti; 2. i fatti, per conseguenza de'quali una persona abbia per sua colpa nociuto ad un altra: caso regolato da questa massima di ragione naturale, che bisogna riparare il male, che a torto si cagiona; 3. i fatti, in conseguenza de'quali una persona si trovi sia volontariamente, sia involontariamente arricchita coi beni di un' altra; caso regolato da quest'altra verità morale, che niuno si dee arricchire a danno altrui; 4. infine certe relazioni tra le persone nella costituzione della famiglia, o della società.

Ma il diritto civile de'romani non si è tanto allargato. Esso non ha riconosciuto obbligazione, *vinculum juris*, che ne'casi da esso specificati, e poco numerosi. Questi casi non si sono estesi che gradatamente per l'editto del pretore, per le costituzioni imperiali, e sotto l'intervento sempre maggiore delle idee del diritto delle genti.

Circa quelli, che prendono la loro origine nello scambievole consenso delle parti, la parola più generale, sotto la quale son compresi, è quella di convenzione, o patto (*conventio*, *pactum*, *conventum*), che dinota il concorso di due o più volontà su di un diritto qualunque da crearsi, modificarsi, o estinguersi: ma il nome di contratto (*contractus*), che dinota particolarmente la convenzione, che produce obbligazione, è riserbata alle convenzioni specialmente riconosciute come obbligatorie, e munite di un'azione dell'antico diritto civile de'romani.

Il diritto romano in questa creazione de' contratti pare di aver sèguito la seguente gradazione storica.

Da prima il *nexum*, termine antico, generico, che dinota qualunque operazione compiuta col mezzo di un pezzo di metallo, e della bilancia: *Quodcumque per aes et libram geritur* (1), col porta-bilance (*libripens*), i cinque testimoni cittadini, i gesti, e le parole consacrate. Vestigio de'tempi antichi, ne'quali, in difetto della moneta il metallo si pesava; questa solennità rimane come simbolo ed è adoperata per la creazione, per la trasmissione, per la estinzione di diverse sorte di diritti, quelli di proprietà quiritaria, come quelli di obbligazione.

Per la formazione delle obbligazioni, il metallo si reputa pesato, e dato dal creditore a colui, che egli accetta per suo debitore; o pure una cosa è realmente o fintamente alienata *ex jure quiritium*, le parole solenni pronunziate fra le parti formano la legge di questa *dazione* (2), e così si forma il legame, il *vinculum juris*. Tal'era pel cittadino romano la forma quiritaria, e primitiva di obbligarsi. Essa era l'unione di una pantomima simbolica, e di parole sacramentali. I contratti di prestito (*mutuum*), di pegno (*pignus*), di deposito (*depositum*) originariamente si formavano a questo modo. Più tardi la semplice tradizione della cosa bastò per generare l'obbligazione civile, e così furono riconosciuti i contratti che i romani chiamavano contratti formati *re*.

(1) *Nexum est, ut ait Gallus Ælius, quodcumque per aes et libram geritur, idque necti dicitur*. *Festus* alla parola *Nexum*.

(2) Tali sono i termini delle dodici tavole *Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*. *Festus* alla parola *Nuncupata*.

Il progresso del diritto civile romano, nelle forme civili de' contratti, consistette nel semplificare questa solennità per *aes et libram*, nel ritenere come fatta la simbolica pesatura, come pesato, e dato il pezzo di metallo, ed in abbandonare per tal modo la materiale pantomima de'tempi primitivi.

Da ciò la seconda forma quiritaria di obbligarsi, prima derivazione dell'antico *nexum*: le parole sacramentali, staccate dalla solennità *per aes, et libram*, che si ritiene per compiuta, e ridotta tra le parti ad una interrogazione solenne (*stipulatio*) seguita da una risposta corrispondente (*responsio, promissio*). I termini quiritari, e consacrati per questa interrogazione e risposta furono questi: SPONDES? SPONDEO, donde per questa solennità il nome particolare di *sponsio*. Col tempo si trovò il mezzo di rendere accessibile ai *peregrini* questa forma di obbligarsi, ammettendo altre sorte d'interrogazioni. PROMITTIS? PROMITTO. DABIS? DABO etc. come quelle che sono dal diritto delle genti. In fine anche più tardi il carattere formolario disparve, la lingua greca fu anche ammessa nelle stipulazioni; una delle parti poteva interrogare in latino, l'altra rispondere in greco, o viceversa; qualunque ne fosse il dettato, purchè l'interrogazione e la risposta fossero conformi: ciò solo era sufficiente (1). Tal'era il contratto che i romani diceano *verbis*. Questa era una forma generalissima di obbligarsi in questo senso, che poteva applicarsi ad ogni sorta di obbligazione da contrattare.

Viene appresso la terza forma quiritaria di obbligarsi, seconda derivazione dall'antico *nexum*. Questa forma, la quale non è applicabile, alle obbligazioni di pagare una somma di danaro, consiste nel considerare come adempiuta l'operazione *per aes et libram*; in conseguenza come pesata, e data da una parte, e ricevuta dall'altra, la somma che forma l'oggetto dell'obbligazione, e nell'iscriverla come tale nella formola consacrata sul registro domestico (*tabulae*, o *codex accepti et expensi*). Donde per questo contratto il nome di *expensilatio* (supposizione della somma pesata e data); e per la somma che ne forma l'oggetto quelli di *pecunia expensa lata* (somma tenuta per pesata e data) in riguardo al creditore; *pecunia accepta relata* (somma tenuta per ricevuta) in riguardo al debitore.

Da questa forma di obbligarsi è derivata nel diritto romano l'espressione generale di *nomen* per dinotare un credito, perchè il credito era iscritto sul registro domestico sotto il nome del debitore. E specialmente quello che così era formato si chiamava *nomen transcriptitium*, perchè notato dapprima sopra un quaderno corrente (*adversaria*) si trascriveva in ciascun mese sul registro messo in pulito. Tal'è il contratto che i romani dicono esser formato *litteris*. Come la stipulazione, esso era in principio esclusivamente proprio a'cittadini romani. In prosieguo di tempo fu esteso, ma sotto una forma differente, agli stranieri nelle *syngraphae*, e nelle *chirographae*. Di poi l'uso del *codex* o registro domestico, e con esso il vero contratto *litteris* de'romani andò in disuso. Lo stesso avvenne alle *syngraphae* del diritto delle genti, ed il *chirographum*, che si mantenne più lungamente giunse fino a Giustiniano, ma considerabilmente modificato e ridotto presso a poco al valore d'una *cautio* o scrittura semplicemente probatoria.

In fine il diritto civile accolse come capaci di esser formati pel solo consenso, senza il mezzo dell' *aes et libra*, senza l'interrogazione solenne, l'iscrizione sui registri, o altra formalità, quattro soli contratti: la vendita (*emptio-venditio*), l'affitto (*locatio-conductio*), la società, (*societas*), ed il mandato (*mandatum*). Un quinto, il contratto d'enfiteusi venne ad aggiungervisi negli ultimi tempi del basso-impero; e nondimeno di questo non si tien conto, dappoichè nella giurisprudenza romana non era stato considerato, che come vendita da taluni, e come affitto da altri. Tali sono i contratti, che i romani dicono formati *consensu*. Essi derivano dal diritto delle genti; la forma di obbligarsi è giunta alla sua più semplice espressione; ed hanno ciò di particolare, che producono obbligazione dall'una parte e dall'altra (*ultro citroque*), e che i loro effetti si determinano secondo l'equità (*ex aequo et bono*).

Da questo andamento progressivo del diritto romano in materia di contratti provengono quattro sorte di contratti, secondo che son formati *re*, *verbis*, *litteris*, *o consensu*.

Tranne questi contratti, la convenzione delle parti riceve il nome di *pactum*, *pac-*

(1) *Inst.* 3, 15, 1. — Lo stipulante è colui che interroga, e per conseguenza colui, verso il quale il promettente si obbliga. Da ciò viene che si dice ancora presso di noi stipulare da qualcuno, stipulare a suo vantaggio per dire obbligare qualcuno verso di se.

tio, *conventio*. Secondo lo stretto diritto civile essa non produce obbligazione: non per tanto delle disposizioni imperiali, o pretorie hanno attribuito a qualcuna fra esse un effetto obbligatorio; alcune particolari circostanze possono anche modidificare il rigore del diritto e dare ai patti varî effetti giuridici.

A riguardo de'fatti, che non sono l'effetto dello scambievole consenso delle parti, l'antico diritto civile sotto il nome di *noxa*, e più tardi *maleficium*, *delictum*, ha determinato ancora, e munito d'un'azione un certo numero di casi, nei quali l'obbligazione risulta dal pregiudizio altrui recato a torto, e qualche aggiunzione vi ha fatta il diritto pretorio.

Da ciò due fonti di obbligazioni: il contratto, ed il delitto « *omnis enim obbligatio vel ex contractu nascitur*, *vel ex delicto*; » e quando la giurisprudenza viene a riconoscerne delle cause differenti, essa le riduce ed assimila alle due fonti primitive, essa dice che sono come delle figure svariate di queste cause legittime (*variae causarum figurae*); che l'obbligazione nasce, come nascerebbe da un contratto (*quasi ex contractu*), o come nascerebbe da un delitto (*quasi ex delicto*). — Dal che, specificando i particolari del sistema nel suo insieme, si hanno quattro origini delle obbligazioni: *ex contractu*, o *quasi ex contractu*; *ex maleficio*, o *quasi ex maleficio*.

71. Trasferimento delle obbligazioni.

Il diritto romano è logico; il diritto personale non può trasferirsi da una persona all'altra. Esso è un legame tra il subbietto attivo ed il subbietto passivo, cambiate uno di questi elementi, voi non avete più lo stesso diritto. Non vi è dunque vero trasferimento di credito; non si può pervenire ad un risultato analogo che indirettamente, e per via di procura.

72. Estinzione delle obbligazioni.

Lo sperimento del legame dell'obbligazione, e per conseguenza la liberazione del debitore, in qualunque modo avvenga, chiamasi presso i romani *solutio* (scioglimento), prendendo questa parola nel suo senso più generale.

L'obbligazione, legame civile, non può esser disciolta che conformemente alle regole del diritto civile (*ipso jure*); non pertanto in molti casi, in cui l'obbligazione, secondo lo stretto diritto, continua a sussistere, il diritto pretorio e la giurisprudenza han trovato de'mezzi indiretti, per fare che il debitore possa difendersi contro la dimanda del creditore (*exceptionis ope*).

In cima a tutti i modi civili di estinzione delle obbligazioni si colloca quello che compie il corso regolare delle cose, quello che costituisce lo scopo finale dell'obbligazione, cioè la prestazione di ciò che è dovuto, il pagamento. La parola *solutio* présa in un senso più ristretto si applica particolarmente a questo modo di liberazione.

Il diritto civile ha ammesso inoltre, che si possa sciogliere un'obbligazione, con una nuova contratta in sua vece. Ciò è quel che dicesi novazione (*novatio*). Tutte le obbligazioni qualunque sieno possono esser novate, ma non tutti i modi di obbligarsi possono essere adoperati per operare questa trasformazione. Solo il contratto *verbis*, o il contratto *litteris* possono avere siffatto potere. Sia per mezzo dell'uno, che dell'altro si può estinguere qualunque obbligazione, subentrando la nuova contratta *verbis*, o *litteris*. Ma di questi due modi di novazione il più comodo, il più esteso, ed anche il più usuale è il contratto *verbis* o la stipulazione.

Se di comune accordo le parti vogliono sciogliere l'obbligazione senza pagamento, o novazione, in modo che il debitore se ne trovi liberato, in altri termini, se il creditore vuol fare al debitore la remissione del debito, il diritto civile romano prende su tal punto un carattere degno d'esser notato, il suo carattere simbolico, e formolario.

Bisogna allora che vi sia tra le parti una specie di pagamento immaginario (*imaginaria solutio*), e questo finto pagamento seguirà: — o per la materiale pantomima con la bilancia, i testimoni, le parole consacrate, la verga di metallo che sarà estimato pesato e dato in pagamento dal debitore al suo creditore (*solutio per aes et libram* (1); o col mezzo soltanto delle parole sacramentali, per le quali il creditore sull'interrogazione del debitore dichiarerà di aver il pagamento per adempiuto: « *Quod ego tibi promisi*, *habes ne acceptum*? — *Habeo* ». Questo è ciò che dicesi *acceptilatio* (dichiarazione che si tiene la cosa per ricevuta) o *solutio verbis*; — o per mezzo

(1) *Gaio* 3. §. 174.

dell'iscrizione sul registro domestico in una formola, che comprovi essersi tenuta per ricevuta la somma (*solutio litteris*). In fine ed in ultimo luogo la giurisprudenza civile per taluni casi ha ammesso, che il solo concorso di volontà tra le parti, o lo scambievole dissenso basterebbe per estinguere l'obbligazione.

Per tal modo si osserva nella maniera di sciogliere le obbligazioni la stessa gradazione, che nella maniera di formarle. Nel modo medesimo che si contraggono, nello stesso pure si sciolgono, *per aes, et libram verbis*, *litteris*, o *consensu*. Vi ha di più, questi modi di liberazione volontaria sono esclusivamente proprii ciascuno alla sua specie, cioè la liberazione per *aes et libram* alle obbligazioni create per *aes et libram*; l'accettilazione, o liberazione *verbis* alle obbligazioni contratte con parole; la liberazione *litteris* a quelle formate per via dell'iscrizione sul registro domestico, e finalmente la liberazione pel solo dissenso a quelle, che il solo consenso ha fatto nascere. Ma la giurisprudenza ha trovato il mezzo di rendere generale l'accettilazione o *solutio verbis*, e di farne un modo di remissione applicabile a tutte le specie di obbligazioni mediante una precedente novazione, per la quale qualunque obbligazione può esser trasformata in un'obbligazione verbale.

Ed ecco come la forma verbale della stipulazione serve generalmente sia a fare novazione, sia a fare remissione di qualsivoglia obbligazione.

§. II. — DIRITTI PERSONALI DIVERSI DALL'OBBLIGAZIONE PROPRIAMENTE DETTA.

73.

Sotto questo titolo collochiamo certi diritti personali esistenti nel diritto romano, nei quali quantunque vi sia una persona individualmente subbietto passivo del diritto, non pertanto non vi esiste obbligazione propriamente detta da parte di questa persona, nel senso, che siffatto diritto non conferisce al subbietto attivo la facoltà di prendere l'iniziativa, e di perseguitare il subbietto passivo, per costringerlo a dare, a fare, o a procurare qualche cosa, ma solamente la facoltà di respingerlo, e far rigettare la sua domanda, nel caso che egli sia da costui perseguitato (1). È questo un diritto di difesa, e non di attacco. Le obbligazioni qualificate dalla giurisprudenza romana come naturali, oltre qualche altro effetto, di cui sono capaci, si trovano in questa condizione.

CAPITOLO III. — DIRITTI REALI.

74. Nozione comune a tutti i diritti reali.

Nel diritto reale, prescindendo che la massa generale è tenuta ad astenersi, e lasciar fare, non vi sono altri termini, che la persona subbietto attivo, e la cosa obbietto del diritto. Così non vi è relazione individuale tra due persone determinate, non vi è legame di una parte verso l'altra (2). Da ciò segue una differenza radicale quanto al modo in cui si esercitano i diritti reali, ed i diritti personali.

Nel diritto personale colui al quale il diritto appartiene si rivolge alla persona individualmente subbietto passivo per ottenere da lei la cosa, oggetto del diritto; nel diritto reale non vi è persona intermedia; il diritto dunque si esercita immediatamente dalla persona subbietto attivo sulla cosa, che ne forma l'oggetto. Ciò è a dire che ogni diritto reale porta necessariamente, per colui che ha tal diritto, la facoltà di disporre della cosa in un modo più, o meno esteso. E precisamente nelle varietà possibili di siffatte disposizioni sta la varietà de' diritti reali.

Quì si riferiscono le teoriche giuridiche: sul dominio o proprietà, che conferisce la più estesa facoltà di disposizione; sul possesso, la di cui nozione legale deve legarsi intimamente a quella della proprietà; sui diritti reali, i quali non sono che smembramenti, e frazioni della proprietà, ed in fine su quelli che non possono considerarsi come siffatti smembramenti.

75. Idea del dominio o proprietà (*mancipium, dominium, proprietas*).

La disposizione della cosa, che questo diritto reale conferisce, è la più assoluta. « *Plenam in re potestatem*, » dice il testo romano (3).

Diritto di ritrarre: l' utilità o i servigi della cosa (*usus*); i frutti, cioè i prodotti,

(1) Si tratta di que' diritti personali, che son protetti solamente per via di eccezioni.

(2) Per tal modo alcune persone definiscono molto semplicemente il diritto reale: Quello che ci appartiene senza alcuna obbligazione di persona verso noi. Ciò importa definirlo non per se stesso, ma per la negazione dell' idea d' obbligazione.

(3) *Inst.* 2, 4, §. 4.

che nascono, e rinascono, i quali essa è destinata a dare (*fructus*), ed in oltre qualunque altra specie di prodotto. Diritto di profittare di tutto ciò che vi si aggiugne, di tutto ciò che intimamente vi s' incorpora ; diritto di modificarla, di partirla , di conferire ad altri dei diritti reali su di essa ; in fine di distruggerla, di consumarla : ultimo atto,che i romani giureconsulti chiamarono *abusus* (da *ab* privativo ed *usus*), perchè questo è un modo di usare che distrugge la cosa. Tal' è l'estensione delle disposizioni , che si possono esercitare sulla cosa, di cui si ha la proprietà ; senza altre limitazioni, che quelle imposte dalla legge nell'interesse generale.

Mancipium, *dominium*, *proprietas* queste sono le tre denominazioni successive, che ha ricevuto il diritto di proprietà presso i romani : e la filologia in queste tre parole solamente può mostrarci l'impronta di ciascuna delle grandi epoche , per le quali la civiltà, e la legislazione romana è passata — *Mancipium* è la voce più antica, ed appartiene ai tempi primitivi , e più rozzi del diritto romano , que' tempi , in cui la guerra, il bottino, la lancia (*hasta* , *manu capere*) sono per eccellenza i mezzi di acquistare (1) — *Dominium* viene più tardi; esso indica la costituzione sociale della famiglia: in ciascuna casa *domus* è concentrata la proprietà ; quantunque considerata di appartenere in comune alla famiglia, poggia nondimeno sulla testa del capo di famiglia: egli solo, e non altri può esser proprietario; tutte le individualità sono assorbite nella sua persona. — *Proprietas* è l'ultima espressione , essa appartiene ad una lingua più recente a quella del tempo di Nerazio (2). Questa è l'epoca filosofica, l'epoca dell'invasione del diritto delle genti nel diritto civile; è stabilita la personalità dei figliuoli di famiglia ; ciascuno non solamente il capo, ma altresì i figliuoli possono essere proprietarî ; il diritto di proprietà è individuale, e viene indicato da una parola, che esprime i suoi effetti *proprietas* , perchè esso appropria la cosa a ciascuna persona, e gliela rende interamente propria.

76. Idea del possesso (*possessio*).

L'idea di possesso si attinge da quella di due fatti riuniti. Un fatto fisico, materiale, il fatto di avere una cosa in nostro potere; e un fatto intenzionale, l'intenzione di proprietà, vale a dire la volontà di avere una tal cosa in nostro potere come proprietario, sia che lo fossimo realmente, o nò, sia che vediamo di esserlo, o sappiamo di non esserlo.

Laddove non esiste che il primo di questi due fatti senza il secondo, come nel caso di un depositario, di un locatario, i quali comechè abbiano la cosa materiale in lor potere, non hanno sovr'essa alcuna intenzione di proprietà, non si ha che una detenzione corporale (*nuda detentio* , *corporalis possessio*, *naturalis possessio*) : il depositario, ed il locatario non sono considerati , nè si considerano essi stessi che come istrumenti detentori per conto altrui , in modo che sono il deponente , ed il locatore , i quali posseggono mercè il loro intermediario.

Ma non appena i due fatti sono riuniti, si ingenera il possesso vero (*possessio*, *possessio civilis*). Il fatto che quì prevale è quello della possanza fisica sulla cosa: donde ha luogo il nome di *possessio*, sinonimo di possanza (da *posse* potere (3). Il diritto civile prende in considerazione questo fatto, e vi annette degli effetti importanti: donde la qualifica di *possessio civilis*.

È una quistione agitata , il sapere se il possesso può essere considerato come un diritto: i giureconsulti romani guardandolo or sotto un aspetto, or sotto un altro, talvolta dicono non essere che un fatto tal altra, che esso riposa segnatamente sul diritto (4). In verità il possesso consiste essenzialmente in un fatto; ma quando si considerano gli effetti e la protezione di diritto attaccati a questo fatto , noi crediamo potersi dire con fondamento di esservi un diritto di possesso.

Il possesso è la proprietà sono due cose ben distinte: ma il più sovente esse son riunite; giacchè non si è proprietario, che per aver la cosa in suo potere e a sua disposi-

(1) Così *mancipium* dinota nel suo proprio senso l'atto giuridico della mancipazione ; per figura di lingua, il diritto di proprietà prodotto da quest'atto; e qualche volta la cosa soggetta a questo diritto.

(2) *Dominium idest proprietas*,dice questo giureconsulto. *Dig. 41, 1, 13 f. Nerat.*

(3) Secondo Labeone : *a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit.Dig. 41, 2, 1, pr. f. Paul.* Noi non esitiamo a rigettar quest'etimologia ; per adottar l'altra.

(4) *Eam enim rem facti , non juris esse (Dig. 41, 2, § 3, fr. Paul.). Possessio autem plurimum facti habet. (Dig. 4, 6, 19 fr. Papin.)* V. anche nel medesimo senso *Dig. 41, 2, 1, § 4. fr. Paul.* , *e 29. fr. Ulp.; Dig. 49, 15, 12 § 2. f. Thryphon.* In senso contrario : *Cum plurimum ex jure possessio mutuetur. (Dig. 41 , 2 , 49 , fr. Papin.). Possessio non tantum corporis , sed juris est.* (ivi § 1.).

zione. Possono però esser separate; ed ogni volta che lo sono vi ha qualche irregolarità, come errore, ignoranza, dolo o delitto.

Da ciò segue, che il possesso fino alla pruova in contrario, fa presumere la proprietà; che esso n'è il segno eterno che la rivela; e che spiega un'azione importante in diritto romano soprattutto su' mezzi di acquistare o di perdere la proprietà.

Quì cadono in acconcio le regole giuridiche: Sull'acquisto del possesso, materia, ove si ha a distinguere l'occupazione, che è l'atto di prender possesso d'una cosa, che ancora non appartiene ad alcuno; e la tradizione, che è il trasferimento del possesso da una persona ad un'altra; — Sui diversi effetti del possesso considerato sia come fatto, che come diritto: effetti, che variano secondo i casi; — Ed in fine sulla cessazione del fatto o la perdita del diritto di possesso.

Ecco una osservazione importante, che spargerà molta luce sulla materia; ed è che taluni vantaggi, che procura il possesso, del pari che quelli della proprietà, possono dividersi, smembrarsi, ed essere attribuiti sulla stessa cosa a differenti persone.

77. Diverse specie di dominio; alterazioni successive del diritto civile a tal riguardo.

Nel diritto civile primitivo non vi è che un solo dominio, il dominio romano, il dominio del diritto civile (*dominium ex jure Quiritium*); o si è proprietario, secondo il diritto de'Quiriti, o non si è affatto (1). Il solo cittadino può aver questo dominio; solo le cose, ed il suolo partecipante al *commercium* possono esserne l'oggetto; i soli modi riconosciuti dal diritto civile de'romani possono conferirlo. Le persone, ed il suolo straniero ne sono rigorosamente esclusi. Così sopra qualunque suolo, che non goda del diritto italico, si hanno delle possessioni, ma non già delle proprietà. Qualunque modo di acquistare, che esce dalle prescrizioni del diritto civile, non ha il potere di conferirlo.

Più tardi, il movimento d'una giurisprudenza più umana introduce a lato di questo dominio un diritto meno pieno, una specie di proprietà, secondo il diritto delle genti, che non ha un nome giuridico, ma viene espresso solamente pel fatto: *in bonis habere*, aver la cosa ne'suoi beni, e che Teofilo nella sua parafrasi nomina *δεσπότης βονιτάριος*, onde i comentatori presero la denominazione non romana di dominio bonitario. Così, per la persona, per le cose, pei mezzi di stabilimento, che sono fuori delle condizioni civili del dominio, secondo il diritto civile de'Quiriti, questo diritto non esisterà, ma sibbene potrà esistere quella proprietà, secondo il diritto delle genti, quel possesso della cosa *in bonis*, ne'beni. L'uno potrà avere il dominio *ex jure Quiritium*; l'altro aver la cosa *in bonis*. Le istituzioni pretorie proteggono siffatto possesso *in bonis*; la giurisprudenza ne svolge le regole; vi si attribuiscono gli effetti utili del dominio; ed in realtà la distinzione finisce per essere più nelle parole che nelle cose.

Sotto Giustiniano il movimento è già compiuto. Il *dominium ex jure Quiritium* nel fatto non esiste più e non s'incontra in alcuna parte, non rimane che come enigma, che serve di spauracchio nello studio della legge. L'imperadore lo sopprime. Al pari che negli antichi tempi, non si riconosce che una sola proprietà, ma in luogo della proprietà *ex jure Quiritium* esclusivamente propria a'romani, si trova la proprietà aperta a tutti, e su tutti i territorî, il diritto civile ha ceduto il posto al diritto delle genti.

78. Acquisto, trasmissione, perdita del dominio, o proprietà.

La teoria sul modo come il dominio si acquista, si trasmette, e si perde occupa molta parte negli studii giuridici.

Quanto all'acquisto si dee ben notare il seguente principio dominante del diritto romano: Le convenzioni, i contratti, anche rivestiti delle forme giuridiche del diritto civile non bastano per trasferire la proprietà dall'uno all'altro. I contratti hanno per effetto di legare le parti tra loro, generano un diritto personale, possono eziandio obbligare a trasferire la proprietà (*dare* nel linguaggio del diritto romano), ma non la trasferiscono da sè, nè creano il diritto reale di proprietà. Perchè si produca la proprietà, si richiede un fatto più manifesto, e di natura al tutto differente; per esempio:

L'occupazione, cioè la presa di possesso di una cosa, che non appartiene ancora ad alcuno, o che appartiene al nemico, perchè la conquista è per eccellenza il mezzo di ac-

(1) *Gai 2*, §. *40*. Noi diciamo qualche volta dominio quiritario; la dizione quantunque renda l'idea, pure non è tecnica; nel diritto romano si dice sempre: *dominium ex jure Quiritium*.

quistare il dominio, secondo il diritto de' Quiriti, e la lancia rimane nel diritto come simbolo di questo dominio.

La tradizione (*traditio*), cioè il trasferimento del possesso (1), purchè però si tratti d'una cosa *nec mancipi*, perchè applicata ad una cosa di mancipazione, la tradizione, sotto il vero diritto civile, non produceva alcun diritto di proprietà, e sotto il diritto intermedio mettea semplicemente la cosa *in bonis*;

O pure quell'alienazione solenne del diritto civile nominata secondo la successiva trasformazione dell'antica lingua *nexum*(2) *mancipium*, più tardi *mancipatio*, la quale si operava con la forma simbolica d'una vendita antica colla verga di metallo, e la bilancia (*per aes et libram*), col porta bilance (*libripens*), i testimoni cittadini, i gesti e le parole consacrate. « *Hunc ego hominem* (se si tratta di uno schiavo) *ex jure Quiritium meum esse ajo, isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra* », anche quando si tratti di tutt'altra cosa che di una vendita (3);

L' usucapione (*usucapio*, acquisto per l'uso): acquisto della proprietà romana per un determinato tempo di possesso: un anno pe'mobili, e due per gl'immobili;

L'*in jure cessio*: altra finzione, simbolo, simulacro d'un' azione giuridica, nella quale il magistrato, che tenea giurisdizione (*jus dicens*) facendo ciò che diceasi l'addizione (*addictio*) dichiarava questa cosa proprietà *ex jure Quiritium* di colui, al quale volevasi cedere;

L'*adjudicatio*: nella quale il giudice giudicando alcune liti particolari (*judicans*) era autorizzato ad aggiudicare la cosa (*adjudicare*), cioè a trasferirne per sentenza la proprietà da una persona all'altra. Queste liti erano quelle per fissazione di termini (*finium regundorum*), per divisione di eredità (*familiae erciscundae*), o per divisione di una cosa comune (*communi dividundo*);

La vendita pubblica de' prigionieri di guerra, o del bottino, fatta a nome della repubblica romana per mezzo de' questori del tesoro, sotto il simbolo della conquista e della proprietà romana (*sub corona*; *sub hasta*) (4);

O alcuni altri casi compresi da'giureconsulti sotto la designazione generale di legge *lex* (5).

Tutti questi modi di acquistare la proprietà, il dominio *ex jure Quiritium* sono relativi all'acquisto di oggetti particolari (*singularum rerum*); più appresso parleremo di quelli, pei quali si acquistava l'universalità di beni (per *universitatem*), cioè un complesso di diritti tanto reali, che personali.

Sotto Giustiniano la *mancipatio*, l'*in jure cessio*, la distinzione delle cose *mancipi* o *nec mancipi* non esistono più, la tradizione si applica con gli stessi effetti a tutte le cose corporali. Ma questo principio dominatore, che i contratti producono delle obbligazioni, de' diritti personali, e non dei diritti reali, sussiste tuttavia.

Le relazioni del diritto di proprietà con la costituzione politica, con la costituzione della famiglia, con la successiva aggiunzione de'diversi territorii dell'impero, con la condizione e le pratiche della ricchezza sociale, nelle diverse epoche, sono de' punti di vista indispensabili a chi vuole profondamente studiare questo diritto.

79. Diritti reali diversi dalla proprietà e dal possesso.

Tra questi altri diritti reali ve ne ha alcuni, i quali sono in tutta la realtà dell'espressione degli smembramenti, delle fra-

(1) Si vede che il diritto civile avea adottati questi due mezzi del diritto delle genti, l'occupazione, e la tradizione, come sufficienti a dare il *dominium ex jure Quiritium*.

(2) La dizione *nexum* è più generica di *mancipium* o *mancipatio*. Essa si applica a tutti gli usi della vendita *per aes et libram* la quale, come abbiam veduto, si adoperava così per la formazione, come per l'estinzione delle obbligazioni. Ma più specialmente *nexum* rimase per significare l'impegno d'una persona o di una cosa, col mezzo dell'alienazione *per aes et libram*, per garentia di un debito (V. qui sopra pag. 12 nota 4, e seg.).

(3) La mancipazione non operava, a quanto pare, per sè stessa la tradizione cioè il trasferimento del possesso. V. *Gai 2*, §, *204— 4* §. *131*—*Vat. I. R. Fragm.* §. *313*.

(4) *Varrone D. R. R. 2, 10.* « *Si e praeda sub corona emit* ».

(5) V. le spiegazioni su questi diversi modi di acquistare qui appresso *lib. 2, tit. 1*. I romani vollero che l'acquisto della proprietà fosse manifestato da un segno pubblico. Al punto in cui la nostra civiltà è pervenuta, quando le condizioni economiche della società han subìto un rivolgimento, quando il credito è un elemento sì potente della produzione delle ricchezze, quando i diritti personali sono una porzione sì notevole della fortuna individuale, la necessità di siffatta pubblicità si fa sentire non meno pe'diritti personali, che pe'reali. E non pertanto la nostra legislazione ha proceduto in senso inverso; essa ha soppresso il segno pubblico così nell'un caso, come nell'altro.

zioni del diritto di proprietà. In fatti essi conferiscono a chi li ha, la facoltà di disporre della cosa entro certi limiti, che costituiscono una porzione più o meno larga, più o meno ristretta delle disposizioni permesse dal diritto di proprietà. Per esempio la facoltà di disporne quanto all'uso, quanto ai frutti, quanto ad ogni altro prodotto, o anche quanto a talune parti, o alle diverse modificazioni della cosa. Le servitù (*servitutes*) tanto prediali (*rerum praediorum*), che personali (*personarum*, *personales*), e segnatamente tra queste ultime l'usufrutto (*usufructus*), e l'uso (*usus*), l'enfiteusi (*emphyteusis*), ed il diritto di superficie si annoverano tra i diritti reali. — Fino a qual punto le facoltà di disporre, che conferisce sulla cosa l'affitto, od il prestito ad uso (*commodatum*) entrano nella classe de'diritti reali, o ne differiscono? I giureconsulti romani non si sono curati di siffatta quistione. Preoccupati dalla teoria de'contratti, e delle azioni che ne risultano, essi non han mai ravvisato altro nell'affitto e nel comodato, che la loro qualità di contratti sotto il rapporto de'diritti personali, che producono.

Vi sono infine alcuni altri diritti reali, che non sono considerati come smembramenti del diritto di proprietà, perchè essendo costituiti per semplice garentia, non trasferiscono dal proprietario in chi li ha, alcuna parte delle facoltà comprese nel dominio. Pur tuttavia non si può negare, che il diritto di proprietà non si trovi però alterato in qualcuno de'suoi elementi. Questi sono il pegno (*pignus*), il quale, quando la cosa è stata consegnata, porta uno smembramento del diritto di possesso (1), e l'ipoteca (*hypotheca*). Con questa particolarità ben notevole, che questa specie di diritto reale può solo pel consentimento delle parti esser creata (2).

CAPITOLO IV. — CONSIDERAZIONI APPLICABILI AI DIRITTI PERSONALI, ED AI DIRITTI REALI.

80. De'diritti relativi allo stato, alla famiglia, all'individualità morale, o fisica dell'uomo.

Considerando l'uomo sotto questo punto di vista, si trovano ad un tempo de'diritti reali e de'diritti personali.

Da un lato le relazioni che risultano dallo stato (*status*) ne'suoi tre elementi, e principalmente nella famiglia, presentano numerose obbligazioni tra persone.

E dall'altro vi si trova un complesso di diritti reali, che hanno per oggetto non già cose corporali, ma delle astrazioni immateriali, e che sono quasi tutte di massimo valore per l'uomo. Così la qualità di padre, la qualità di figliuolo, la qualità di uomo libero, di libertino, di padrone, di cittadino: la libertà, e la sicurezza individuale della persona fisica; l'onore, la reputazione, e tutto il complesso delle facoltà intellettuali della persona morale, tutto ciò forma l'obbietto di tanti diritti, che ci appartengono direttamente, immediatamente, senza l'intermedio d'un subbietto individualmente passivo, ed indipendentemente da qualsivoglia obbligazione verso di noi. Questi son dunque de'diritti reali.

81. Acquisti, o successioni per universalità; eredità.

Questi sono modi di acquistare che si applicano egualmente ai diritti reali, ed ai diritti personali.

La persona d'un individuo morto, e qualche volta anche durante la vita, si stacca da quest'individuo, e si posa su di un altro; questi è il continuatore, il rappresentante di colui, al quale è succeduto e porta la stessa persona, la stessa maschera giuridica; a lui son trasmessi tutti i diritti reali, o personali, eccetto quelli, i quali in un simile cangiamento, per propria natura, si estinguono.

Questa sostituzione di una persona ad un altra, questo allogamento nella città, di un cittadino per un altro, secondo il diritto primitivo, non era una cosa di puro interesse privato. La città o per via della legge generale, comune a tutti, o per via d'una legge particolare ne'comizi, o almeno per mezzo del magistrato vi dovea intervenire. Il diritto civile ci offre sempre questo intervento. Ma, quando il diritto privato prevalse al diritto pubblico, quando il diritto civile si dileguò innanzi al diritto delle genti, per via di finzioni, e di procedimenti indiretti si eluse la necessità di siffatto intervento; il carattere pubblico si affievolì, o interamente disparve.

(1) Il creditore con pegno ha il possesso *ad interdicta*. *Dig.* 41, 3, 16, *fr. Javol.* — 41, 2, 36, *fr. Jul.*

(2) Aggiungete quest'ultima osservazione: vi sono de'diritti reali, come abbiam veduto di già pei diritti personali, che sono garentiti solo per via di eccezioni, e non di azioni.

L'eredità sia testamentaria, sia ab intestato (*hereditas ex testamento, ab intestato*), le possessioni de' beni (*bonorum possessiones*), l'eredità fedecommissaria (*hereditas fideicommissaria*), il legato (*legatum*), sotto alcuni rapporti, soprattutto all'epoca di Giustiniano, l'arrogazione, ed alcuni altri avvenimenti, od atti giuridici, che questo Imperadore, per la più parte soppresse, van collocati sotto questa materia; essi tutti in sostanza costituiscono diverse specie di successioni ai beni, ed ai diritti di una persona morta, o anche vivente.

TITOLO SECONDO — DELLE AZIONI.

§. I. — NOZIONI PRELIMINARI.

82. Diritto — Giurisdizione — Procedura.

I diritti sono generati, ed i loro effetti definiti, ma i diritti sono delle astrazioni. Essendo una creazione sociale puramente intellettuale, per loro stessi sono inerti, senza movimento, e senza vigore. È mestieri che vi si applichi un potere, ed un procedimento affinchè sieno messi in atto.

Qual potere? qual procedimento? Queste due quistioni si riproducono sempre inevitabilmente in ogni società, per qualunque specie di diritto.

Il diritto in se stesso, — il potere giuridico, — il procedimento giuridico, o per far uso di moderne frasi — il diritto; — l'organizzazione delle autorità giudiziarie; — la procedura, sono tre parti costitutive, ed indispensabili di qualunque sistema legislativo in atto.

E le due ultime parti non sono per certo le meno importanti. In esse si comprendono la costituzione de' pubblici poteri, la loro azione sui cittadini, la vita, il movimento nazionale nella sfera di tutti gl'interessi. Leggete le leggi: voi conoscete l'astrazione; andate al tribunale, voi vedete il popolo che si muove che parla, che agisce; voi siete nella realtà (1).

83. Idea generale dell'azione.

Nel suo senso volgare e più esteso, che è pure conforme all'etimologia, la parola azione (*actio* da *agere* agire) dinota precisamente mettere il diritto in azione: l'atto o la serie degli atti, per i quali si ricorre al potere giuridico per fare attribuir al diritto forza ed autorità, sia difendendosi, sia perseguitando altrui. — Per figura di lingua *azione* significa, in un secondo senso, il diritto stesso di ricorrere all'autorità; ed in un terzo senso, il modo, la forma prescritta per esercitar siffatto ricorso.

Ma qual'è il suo senso speciale e tecnico nel diritto romano? dare a questa parola un solo significato, sarebbe cosa così inesatta che confonderebbe tra loro i diversi sistemi di procedura giudiziaria, che si son succeduti nella storia, e nella costituzione romana. In fatti il senso tecnico della parola azione si cambiò con ciascuno di questi sistemi. Non si può in altra guisa esattamente determinarlo, che con l'esposizione di ciascuno di essi.

84. Tre epoche e tre sistemi di procedura giudiziaria da considerarsi nel diritto romano.

Questi sistemi sono al numero di tre.

Quello delle azioni della legge (*legis actiones*);

Quello della procedura per formole (*formulae*), o procedura ordinaria (*ordinaria judicia*);

Quello della procedura straordinaria (*extraordinaria judicia*).

Il primo che domina esclusivamente, se non in fatto, almeno in diritto, fino alla legge Ebuzia (6.° o 7.° secolo di Roma; an. 597 o 583). Questa è l'epoca, e questo è il sistema caratteristico del diritto de' Quiriti, che ha l'impronta di tutta la rozzezza

(1) Ho trattato quest'argomento con qualche estensione nel mio *Corso di legislazione penale comparata*. Introduzione filosofica p. 69 e seg.

originaria, ed è impresso del carattere sacerdotale e patrizio; coi suoi simboli in azioni, in parole, ed in oggetti, che ci rivelano, ridotti allo stato di simulacri, gli atti di un età primitiva e di una civiltà anche più informe e materiale. L' ingegnosa precisione, con la quale la scienza patrizia organizza questi atti, e li adatta alla natura de' diritti, è degna di attenzione. Il genio giuridico di Roma è nella sua infanzia, ma pieno di vigore ed artifizio. Questa è l'epoca più curiosa per le ricerche storiche.

Il secondo che domina fino al regno di Diocleziano (an. 1047 di Roma; 294 di G. C.). Ecco l'opera incessante del diritto pretorio e della giurisprudenza filosofica. L'amministrazione della giustizia dalla denominazione patrizia passa nella scienza; il genio giuridico di Roma si trasforma; da patrizio, e quiritario, che era, diviene plebeo ed umanitario; la plebe divien libera, lo straniero partecipa alla giustizia romana. Invenzione ammirabile, che il pubblicista moderno può meditare! Lo studio di questo sistema è fuor d'ogni dubbio il più importante; senza di esso non si intende nulla nel diritto romano in materia di azioni.

Il terzo da eccezione che era in prima, divien la regola generale prima nelle province, sotto Diocleziano, e di poi per tutto l' impero. L' autorità governativa ha preso il di sopra in tutte le cose e si attribuisce tutte le funzioni nell'amministrazione della giustizia. Questo è rimasto in quasi tutta l'Europa moderna.

E per ciascuno di questi sistemi si possono sempre fare quelle due quistioni: Qual'è il potere? qual'è il procedimento?

85. Distinzione tra il *jus* ed il *judicium* — Tra il Magistrato (*Magistratus*) ed il Giudice (*Judex*).

Ecco una di quelle distinzioni feconde, d'onde proviene il genio di un intero sistema. Da essa deriva il carattere de' poteri giudiziari, i particolari delle istituzioni, i termini del linguaggio, che vi si applica.

Jus è il diritto, *Judicium* è l'istanza organizzata, l' esame giudiziario di una contestazione, per terminarla con una sentenza.

L'alta missione d'esser l'organo, il pontefice del diritto; di doverlo dichiarare in qualunque occasione (*juris dictio*, dichiarazione del diritto), e farlo eseguire disponendo della forza pubblica (*imperium*); di risolvere qualunque affare, quando la dichiarazione del diritto è sufficiente alla soluzione; nel caso contrario destinare il potere, che dovrà giudicare le contestazioni, e dichiarare il diritto da applicarsi;

Di poi in un ordine inferiore la missione d'esaminare la contestazione, i dibattimenti tra le parti, e di porvi fine con una sentenza:

Queste due missioni son perfettamente distinte, e d'ordinario separate, e confidate a diverse persone.

Alla prima corrisponde il Magistrato (*Magistratus*); alla seconda il Giudice (*Judex*). Per una figura di lingua essere *in jure* significa essere avanti al Magistrato incaricato di dichiarare il diritto, essere *in judicio* significa essere avanti al Giudice incaricato di esaminare la contestazione, e deciderla (1)

All'uffizio del Magistrato appartengono le formole: *edicere* (da *e* particella d'emissione, e *dicere*), *jus dicere*, dire, dichiarare il diritto per l'emissione di un editto, o altrimenti; a quello del giudice, *judicare* giudicare, cioè esaminare e terminare la contestazione con una sentenza; — al primo appartiene *jurisdictio*, dichiarazione del diritto, al secondo *sententia*, sentenza, che decide la controversia; — all'uno *addicere* (da *ad* attributivo, e *dicere*) attribuire la proprietà dicendo il diritto; all'altro *adjudicare* aggiudicare (da *ad* attributivo, e *judicare*) cioè attribuire la proprietà giudicando; — onde per l'uno *addictio* attribuzione della proprietà, per dichiarazione del diritto, e per l' altro *adjudicatio* aggiudicazione, o attribuzione della proprietà per sentenza (2).

Questa differenza tra il *jus*, ed il *judicium*, tra il Magistrato, ed il Giudice sembra che corrisponda, salvo qualche piccola differenza, alla separazione molto più diffusa nelle nostre idee moderne, tra la decisione del fatto, e la decisione del diritto.

Nondimeno sarebbe errore il credere l'ufficio del Giudice limitato ad una semplice quistione di fatto; egli dee fare la valutazione de' fatti, ma la valutazione giuridica; il diritto dunque vi si trova più o meno me-

(1) Si trova bene in alcuni testi *judicium* per *jus*, ma questo è per una scorrezione.

(2) Il Pretore attribuisce, dicendo il diritto (*addicit*) non solamente la proprietà, ma anche le altre cose, p. es. un giudice ai litiganti; la qualità d'uomo libero; quella di figlinolo: etc. — Mentre che l' aggiudicazione del giudice non attribuisce mai altro che la proprietà, o qualche servitù.

scolato, secondo la natura dell'affare, e secondo l'estensione de' poteri conferiti dal Magistrato (1).

Qual'è, sotto i tre sistemi di procedura giudiziaria, la sorte di questa separazione tra il *jus*, ed il *judicium;* tra il Magistrato, ed il Giudice?

Sotto il primo sistema la separazione esiste (2); ma in alcuni casi ha luogo, ed in altri no.

Sotto il secondo sistema la separazione è compiuta: il magistrato non giudica da sè stesso, se non straordinariamente.

Sotto il terzo sistema lo straordinario divien regola comune: le due funzioni si riuniscono, e se talvolta si separano, ciò accade solo per eccezione.

86. La città nomina il Magistrato — Le parti scelgono il Giudice.

Quegli, al quale è confidato il diritto (*jus*) la dichiarazione o *dizione* del diritto (*jurisdictio*) è un magistrato investito de' poteri della città, secondo la costituzione politica, e per tutte le cause, durante il tempo della sua magistratura, perchè l'oggetto, che gli è confidato, cioè il diritto, è l'elemento fondamentale, l'interesse comune dell'associazione. Egli ha, per farlo eseguire, l'autorità, il comando della forza pubblica (*imperium*).

Quegli, al quale è affidato l'incarico di giudicare una contestazione (*judicium*) non è un magistrato, ma è un cittadino dato come un giudice alle parti solamente, e per la causa soltanto. L'oggetto che gli è confidato è un affare privato. Quanti affari, altrettanti giudici.

Non pertanto, siccome egli dee esercitare un uffizio pubblico, dee scegliersi nelle classi di cittadini a ciò designate, secondo la costituzione politica, è debb'essere investito della qualità e de' poteri di giudice dal magistrato.

Nondimeno un principio di libertà privata domina in quest'istituzione. Importante, o minimo che sia l'affare, si tratti dello stato, della considerazione civile del cittadino (*existimatio*), o d'una picciola somma pecuniaria, niuno sarà giudice se non per la scelta, o consentimento delle parti. Così vollero gli antichi, dice Cicerone (3). Le parti convengono tra loro intorno alla scelta del loro giudice (*judicem sumere*); se questi è loro proposto dal magistrato, esse lo accettano, o ricusano, senza dover render conto de' motivi (*judicem, ejerare*, o *ejurare, rejicere, recusare*); se non possono accordarsi tra loro, la sorte decide (4).

Il cittadino così scelto, accettato dalle parti, o tratto a sorte, è dato loro come giudice, mediante la dichiarazione o *addizione* del magistrato (*judicem addicere*) (5). Ed è questo un pubblico incarico, ch'egli non può rifiutare (6).

Non vi ha per ciascuna giurisdizione che un sol magistrato, e per regola generale un sol giudice, per ciascun affare, salvo all'uno, come all'altro la facoltà di farsi assistere da'assessori giureconsulti, da'quali egli potrà prender consiglio, ma solamente come schiarimento.

Questa bella teoria di già creata sotto il primo sistema di procedura, ma per noi quasi ignota ne'suoi particolari, organizzata e svolta in modo maraviglioso sotto il secondo, sotto il terzo disparve.

87. La giustizia si amministra pubblicamente.

Questo principio ha cominciamento con Roma, e si perpetua con la più estesa applicazione sotto tutti e tre i sistemi di procedura.

Nel foro, nel cospetto del popolo il magistrato seduto sul suo tribunale, o sedia di magistratura esercita la sua giurisdizione. Parimenti nel foro, e sotto gli occhi di tutti il giudice di ciascuna causa seduto sopra una sedia ordinaria (*subsellium*) procede all'esame, ed alla decisione del litigio (*judicium*); quivi son fornite le pruove, quivi si ricevono le deposizioni de'testimoni, e si ascoltano i difensori od avvocati.

(1) Presso di noi in materia criminale non è esatto il dire che il giurì non ha a risolvere che una quistione di fatto; se non altro vi è quella della colpabilità, ed è questa una delle più delicate del diritto penale.

(2) Così nella legge delle Dodici Tavole: *Si in jus vocat, atque eat etc.* (*Cicer.* de legib. *11, 4, 75. Aul. Gell. XX. 1*). Così l'azione della legge *judicis postulatio*, che ha per ispeciale scopo di ottenere dal magistrato un giudice per la lite.

(3) *Neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.* Ciceron. pro Cluent. 43.

(4) *Cicer. pro Flac. 21 — in Ver. 11, 12; 111, 5, 11, 13 e 41 — Plin.* Hist. natur. *proem.— Dig. 10, 2, 47 f. Pomp.*

(5) *Dig 5, 1, 39 fr. Papin. 46 fr. Paul. 80 f. Pomp.*

(6) *Dig. 50, 5, 13 §. 2. fr. Ulp. — 5, 1, 78, f. Paul.*

Il Magistrato può ancora, quando il bisogno lo richiegga, porre altrove il suo tribunale (*tribunal ponere*) (1); ed il giudice può conoscere dell'affare in qualunque altro luogo indicato dal magistrato, che lo ha rivestito della sua qualità di giudice (2), o anche sul luogo litigioso, ma sempre pubblicamente.

Più tardi si costruiscono de'pretorii, degli edifizî per l'amministrazione della giustizia; ma rimane la pubblicità; solamente si cala una cortina (*velum*) tra il magistrato, ed il pubblico, quando egli delibera coi suoi assessori o consiglieri nell'emiciclo, che loro è riservato (*secretum*).

§. II.—AZIONI DELLA LEGGE (*legis actiones*).

88. Organizzazione del potere giuridico, e giudiziario sotto l'impero delle azioni della legge.

Come magistrati: a Roma, i Re, poi i Consoli, quindi il pretore, e per taluni affari gliEdili;—ne'municipî, i Decemviri;—nelle province, che appena cominciano verso la fine di questo periodo, i Propretori, o Proconsoli.

Come giudici: il *judex* designato per ciascuna causa, e che non può esser preso che nell'ordine de'senatori; i ricuperatori (*recuperatores*), pe'quali la scelta è meno limitata, e che son sempre più di uno (o tre, o cinque) per ciascuna lite (3), mentre il giudice generalmente è uno (*unus judex*); infine i Centumviri scelti annualmente nei Comizî in ciascuna tribù, organizzati in una specie di collegio permanente incaricato di giudicare, tribunale eminentemente quiritario, innanzi alla cui assemblea si pianta la lancia (*hasta*) in segno della missione giudiziaria (4), e che è diviso in più sezioni.

Tali sono le autorità, che hanno relazione col sistema della legge. Sotto queste azioni in taluni casi il magistrato giudica per sè stesso; in altri ha luogo il rinvio innanzi ad un giudice: quando dee farsi questo rinvio innanzi ad un giudice, ai ricuperatori, o al collegio de'centumviri? Queste son tutte quistioni da studiarsi, ma sono tuttora molto oscure. L'istituzione de'ricuperatori, tuttochè di già introdotta sotto il predominio delle azioni della legge, pure è estranea alla pratica di siffatte azioni, alle quali viene anzi a far breccia. I ricuperatori sono nel principio stabiliti solamente per le liti, in cui figurano degli stranieri, secondo il diritto delle genti, e non secondo il diritto quiritario.

89. Forma di procedere, o azioni della legge (*legis actiones*).

Si noverano cinque azioni della legge.

Tre sono forme di procedimento per giugnere al regolamento, ed alla decisione del litigio.

Due sono più particolarmente forme di procedimento per l'esecuzione.

Le tre prime: l'*actio sacramenti*, la più antica di tutte, la quale, con qualche variazione di forma, si applica alle istanze sia per obbligazioni, sia per diritto di proprietà; ma il cui carattere, comune a tutti i casi, consiste nel *sacramentum* o somma di danaro, che ciascuno de'litiganti dee consegnare nelle mani del Pontefice, e che sarà perduta per colui, che succumberà, tornando in prò del pubblico culto (*ad sacra publica*) (5): questa è l'azione, della quale siamo meglio informati;—La *judicis postulatio*, che si riferisce alla domanda fatta al magistrato di un giudice per giudicare la lite, e che sembra parimenti generale per tutti i diritti da sperimentare in giudizio;—In fine la *condictio*, azione della legge molto più recente, e tutta speciale per l'adempimento delle obbligazioni.

Le due ultime: La *manus injectio*, arresto personale del debitore condannato, o convinto per la sua confessione, in seguito della quale egli era *addictus*, dal pretore attribuito in proprietà al creditore, e la *pignoris capio* o pignoramento della cosa del debitore (6). L'azione della legge *per manus injectionem*, quantunque più particolarmente sia una via di esecuzione, pur nondimeno è anche talvolta un mezzo di impegnare alcune contestazioni, che il magistrato da se stesso decide per propria autorità.

Le azioni di legge salvo l'ultima (7), si esercitano *in jure* innanzi al magistrato, anche nel caso che egli debba dare un giu-

(1) *Tit. Liv. XXIII. 32.*
(2) *Dig. 5, 1, 59 f. Ulp.* — V. ancora *4, 8, 21 §. 10 e seg. f. Ulp.*
(3) *Tit. Liv. XXVI. 48. XLIII. 2; Cicer. in Ver. III. 13 — Gai 1, §. 20.*
(4) *Gai 4, §. 16 e seg.*
(5) *Festus.* V. *Sacramentum.*
(6) Su tutte queste azioni della legge vedi segnatamente *Gai 4, §. 11, e seg.*—Sventuratamente si son trovate delle lacune ciascuna di una pagina, e molte altre di un gran numero di versi.
(7) *Gai. 4, §. 29.*

dice, de'ricuperatori, o rinviare al collegio dei Centumviri. Questa è la forma, il preliminare giuridico.

Quì regna il simbolo, quì figurano la lancia, la gleba, e la tegola, e le altre materiali rappresentazioni delle idee, o degli oggetti. Quì han luogo i gesti, e le pantomime giuridiche, per la più parte, simulacri degli atti d'un'epoca anteriore più barbara. Quì si pronunziano le parole, cui la legge attribuisce un carattere sacro: colui che dirà viti *(vites)*, perchè la contestazione cade su di una vigna, in luogo di dire *arbores* parola sacramentale della legge, perderà la lite (1).

Quì vi è l'impressione del dito sacerdotale: ben lo vediamo nel *Sacramentum*, quel deposito di una somma di denaro nelle mani del Pontefice, con che si apre l'adito all'azione, e che tornerà in profitto del pubblico culto; e nella *pignoris capio* accordata principalmente all'occasione del prezzo della vittima venduta per l'altare, o del danaro dovuto per l'affitto di una bestia da soma, quando questo danaro è dal creditore destinato ad essere speso in sacrificî (2).

Quì si fa sentire la dominazione patrizia. Il magistrato è patrizio, il giudice non può esser preso che dall'ordine de'patrizî. Il *jus* ed il *judicium* sono nelle loro mani. La istituzione de'centumviri, e de'ricuperatori sembra che cominci ad alleviare questa dominazione giudiziaria.

90. Senso della parola *azione* sotto il sistema delle azioni della legge.

Si vede che in questo sistema, ed in questa frase tecnica: *azione della legge*, azione non dinota ancora nè l'istanza speciale per l'esercizio di ciascun diritto, nè la facoltà di farla; a ciascun diritto distinto, non corrisponde un'azione distinta.

Azione in questa locuzione, *azione della legge* è una denominazione generica; una forma di procedere, una procedura considerata nel suo insieme, nella serie degli atti e delle parole, che debbono costituirla. E vi son cinque sorte di procedure.

Si è dato ad esse il nome di azioni della legge, dice Gaio, sia perchè esse sono state una creazione della legge, e non del pretore, sia perchè sono state dirette secondo le parole della legge (*Legum verbis accomodatae*), e rigorosamente assoggettate a queste parole (3).

91. Applicazione finta delle azioni della legge ad alcuni casi, in cui non vi è realmente litigio (*in jure cessio*).

Le forme dell'azione *sacramenti*, relative alla revindicazione (*vindicatio*) d'una cosa, o d'un diritto reale furono staccate da quest'azione della legge, e furono fittiziamente adoperate come mezzo di pervenire a diversi risultamenti non autorizzati dal diritto civile primitivo, o sottoposti ad alcune più difficili condizioni. Lo spirito ingegnoso di questa finzione consisteva, quando taluno volea ad altri trasferire qualche cosa, o diritto reale che non possedeva, nel simularsi da quest'ultimo, innanzi al magistrato (*in jure*) una reclamazione o rivendicazione di questo diritto. Quegli che voleva cederlo non contraddiceva; ed allora non avendo luogo alcuna contestazione, nè essendovi per conseguenza alcuna necessità di rinviare innanzi ad un giudice, il magistrato dichiarava il diritto, e così attribuiva, *addicebat* la cosa, o il diritto reale a colui che l'avea reclamato.

Da quest'uso fittizio della revindicazione si dedusse: il trasferimento della proprietà o de'suoi smembramenti per le cose corpoli ed incorporali (*in jure cessio*); il trasferimento della tutela (4); la liberazione degli schiavi dalla servitù (*manumissio vindicta*); l'emancipazione de'figliuoli, giacchè essa era compiuta dopo le mancipazioni richieste, con una manomissione *vindicta*; e l'adozione de'figliuoli di famiglia (*adoptio*) col mezzo di mancipazioni, e di una cessione giuridica simulata. Ecco perchè questi atti ricevono talvolta dai giureconsulti romani anche il titolo di azioni della legge: *Idque legis actio vocatur* (5).

92. Decadenza delle azioni della legge.

Le azioni della legge, portando nel più alto grado l'impronta propria degli atti giuridici delle civiltà nascenti, dovettero subir le vicende, che noi abbiamo indicato nel progressivo andamento di questi atti. Il loro carattere sacerdotale, patrizio, sim-

(1) *Gai. 4, §. 8, 11 e 30.*
(2) *Gai. 4, §. 28.*
(3) *Gai. 4, §. 11.*
(4) *Gai. 1, §. 168 e seg.*
(5) *Gai, 2, §. 24. — Dig. 1, 20. Off. jur. 1, f. Ulp, — 1, 7,* de adopt. *4, fr. Modest. — t. 16. Off. proc. 3, fr. Ulp. — Paul. Sent. 2, 25, §. 4, — Cod. Theod. 4, 10.* De his qui a non dom. *man. 1. — Cod. Justin. 8, 48,* de adopt. *1.*

bolico e sacramentale non si trovò più in accordo coi costumi, e con la costituzione sociale; e di più era per la plebe romana il vestigio d'un servaggio, contro il quale avea tanto lottato. Nel sesto secolo di Roma ci fa sapere Gaio, che erano di già cadute nell'avversione popolare (1). Dapprima abbandonate nel fatto dalla pratica che cominciò ad impiegare anche tra i cittadini le forme giudiziarie usate per gli stranieri, di poi legislativamente soppresse dalla legge Ebuzia, e dalle due leggi Giulie, che si attribuiscono l'una a Giulio Cesare (anno 695 di Roma; 46 av. G. C.), l'altra, o forse anche tutte e due, ad Augusto (an. 729 di R. 25 av. G. C.), non furono più adoperate che in due casi eccezionali, tra' quali quello, in cui la lite dovea aver luogo innanzi al collegio de'Centumviri. Finalmente più tardi non si adoperarono più che per finzione nella cessione giuridica, e ne' suoi derivati.

§. III. — SISTEMA DELLE FORMOLE (*formulae*), O PROCEDURA ORDINARIA (*ordinaria judicia*).

93. Organizzazione del potere giuridico e giudiziario sotto il sistema delle formole.

Come magistrati: a Roma i pretori, il cui numero successivamente si venne aumentando, e che a'tempi di Pomponio si trova cresciuto sino a diciotto; gli Edili, il Prefetto della città, il Prefetto del Pretorio. Nelle province divise sotto Augusto in province del popolo, o del Senato, e province dell'imperatore (*Provinciae populi, vel senatus, provinciae Caesaris*), i Governatori di ciascuna provincia, sotto i diversi nomi di Proconsoli, Propretori, luogotenenti di Cesare (*legati Caesaris*), Presidenti (*Praesides*), o Prefetti, i quali in certi dati tempi si trasferivano nelle principali città della loro provincia, per istabilir quivi il loro tribunale, e tenervi sessione (*conventus*); finalmente, e sopra tutti l'imperatore, magistrato supremo, che pronunzia sovranamente ed in grado di ultimo ricorso.

Come giudici: il *judex*, o *arbiter* dato per ciascuna causa; i ricuperatori; ed il collegio de'Centumviri, che quantunque in decadimento, pure si sostenne sino al finire di questo sistema.

Questa è l'organizzazione giuridica, e giudiziaria da studiarsi in questo periodo.

Un cambiamento radicale, che fra tanti altri è per se solo il segno di un totale rivolgimento sociale, è l'estensione tra i cittadini del potere di esser giudice. Questo privilegio uscì dalla casta de'senatori; disputato con accanimento per lo spazio di più che un mezzo secolo dal tempo de'Gracchi fino a Pompeo, tra questa casta ed i cavalieri (2), il *judicium* oltrepassò questi due ordini, e pervenne fino agli altri cittadini. Ogni anno dal pretore, nel foro, ed al cospetto del popolo, si formavano cinque decurie, o liste di cittadini chiamati ad esser giudici (*judices selecti*), ed erano pubblicamente affisse (*in albo, judices in albo relati*) (3). La prima decuria composta di senatori; la seconda di cavalieri; la terza di militari; la quarta, e la quinta aggiunte l'una da Augusto, e l'altra da Caligola di cittadini che pagano un censo inferiore (4). Ecco i giudici dell'anno; su queste liste si doveano scegliere per ciascuna causa. La casta superiore decadde dal suo monopolio; la plebe si liberò dalla giustizia patrizia, il cittadino, come noi diremmo in lingua moderna, era giudicato da' suoi pari. Siffatte liste nelle province eran formate dai Governatori.

Il magistrato era sempre unico per ciascuna giurisdizione, il giudice per ciascuna causa. Ma l'uso di farsi assistere da assessori, da abili giureconsulti, i cui lumi potessero rischiarare le difficoltà della causa, prese gran voga spezialmente in questo periodo, in cui il diritto era divenuto una scienza così bella.

94. Forma di procedere: formole (*formulae*).

Il simbolo, le parole, ed i gesti consacrati sono spariti: in loro vece è venuta la scienza del diritto. Nonpertanto il magistrato incaricato di organizzare il *judicium* dopo le discussioni giuridiche, che hanno avuto luogo nel suo tribunale *in jure*, dà alle parti una formola, che deve essere il regolamento del loro litigio.

Per questa formola, i cui elementi per altro son proposti dalle parti stesse, cia-

(1) *Gai. 4*, §. *30*.

(2) V. nella nostra *Hist. du droit* n.° 52 l'indicazione delle diverse leggi giudiziarie prodotte da questa lotta.

(3) Senec. *de Benef.* 111, 7. — Cicer. *pro Cluent.* 43.

(4) Svet. *Octava 32*. Caligola *16*; e Galba *14*.

scuna in ciò che la riguarda, il magistrato investe il giudice della sua qualità. Egli enuncia per modo d'indicazione la cosa di cui si tratta, ed i fatti invocati dall'attore in appoggio della sua pretensione. Di poi, e qui comincia l'elemento vitale di ciascuna formola, egli enumera: la pretensione dell'attore, che dà a verificare; i mezzi reciproci di difesa tanto del convenuto, che dell'attore, che parimenti dà a verificare in certi casi; infine l'ordine di condannare, o assolvere il convenuto, secondo il risultamento della verificazione: alcune volte indica strettamente la condanna a pronunziare, e tal'altra lascia al giudice più o meno di latitudine, ed in tre casi particolari unisce al potere di condannare, o assolvere quello d'aggiudicare, cioè di attribuire con la sentenza certe cose in proprietà all'una od all'altra delle parti.

Si dee partir da questo principio, che il giudice è un semplice cittadino, il quale non ha altre attribuzioni, se non quelle, che gli son conferite dal magistrato; al di là de' termini della formola egli è senza potere.

Adunque la redazione delle formole è il punto capitale della procedura; la scienza giuridica v'impiega tutte le sue cure; i giureconsulti più rinomati son consultati da' litiganti e dal Magistrato (1). In esse sono ammirevoli l'analisi, ed il concatenamento delle parti, la concisione, e l'esattezza de' termini. Ogni diritto per poco che richiegga una speciale distinzione o graduazione, vi è preveduto. Le formole sono anticipatamente redatte, incorporate nella giurisprudenza, iscritte sull'albo, ed esposte al pubblico (2). L'attore innanzi al tribunale del magistrato *in jure* indica quella, ch'egli domanda; gli elementi ne son discussi tra le parti, e la formola è accomodata al caso particolare, ed in fine rilasciata dal Pretore (*postulatio, impetratio formulae vel actionis, vel judicii*) (3).

Lo studio delle parti, onde si compongon le formole, e della loro diversa composizione è la chiave del sistema. In principio si trova sempre l'istituzione del giudice « *Judex esto* ».

Oltre di ciò si annoverano nella formola quattro parti principali (*partes*).

1. Quella che per modo d'indicazione enuncia la cosa, che forma oggetto della lite, ed i fatti invocati dall'attore, come base della sua pretensione; il che mostra in qual che modo di che si tratta; per es. « *Quod Aulus Agerius Numerio Negidio Hominem Vendidit*; » ed in conseguenza chiamasi *demonstratio*. Quest'è un elemento, che potrebbe non incontrarsi nella formola, perchè potrebbe avvenire, che quest'indicazione preliminare non fosse necessaria, e fosse sufficientemente contenuta nella seconda parte;

2. Quella che determina, che riassume la pretensione dell'attore, che il giudice dovrà verificare, e che in conseguenza stabilisce la quistione di diritto nella lite *juris contentio*, secondo l' espressione di Gaio: « *Si paret...* — etc. Se apparisce che », chiamasi intentio (*da in e tendere* tendere a; onde le nostre locuzioni intenzione, pretensione). Questo è l' elemento vitale della formola, di cui non si può giammai far di meno;

3. Quella che dà al giudice l' ordine di condannare, o assolvere, secondo i risultamenti della sua verificazione, fissandogli con più o meno di latitudine la condanna: « ... CONDEMNATO; SI NON PARET, ABSOLVITO. Questa chiamasi *condemnatio*;

4. Finalmente la quarta, la quale non trovasi che accidentalmente in tre formole d'azione soltanto) l'*adjudicatio*, per la quale il Magistrato conferisce al Giudice, indipendentemente dal potere di condannare e di assolvere, quello di attribuire alle parti secondo che sarà necessario, la proprietà delle cose che sono oggetto del litigio: « QUANTUM OPORTET, JUDEX TITIO ADJUDI- « CATO ».

Tutte le condanne, nel sistema formolario, sono pecuniarie. Qualunque sia l' oggetto del contendere, il giudice non può mai condannare, che ad una somma di danaro. Questo è un principio capitale, caratteristico, che non bisogna perder di vista in questo sistema. I mezzi, che servivano ad evitare le conseguenze di siffatto principio, spezialmente ne' casi, in cui l'azione avea per iscopo di far riconoscere l'esistenza di diritti reali, sono ingegnosi, e degni di attenzione (4).

Otre le parti principali (*partes*), la formola può anche contenere occasionalmente certe parti accessorie (*adjectiones*).

93. Senso della parola azione sotto il sistema formolario.

Azione qui significa: il diritto conferito

(1) *Val. Maxim. VIII. 2.*
(2) *Gai. 4, §. 44 — Cicer. pro Rosc. 8.*
(3) *Cicer. Part. orat. 28; pro Caecin 3; De invent. 19, in Ver. IV. 66. Asconius in Verr. 3.*
(4) Su tutto il sistema formolario V. principalmente *Gaio 4, §. 32, e seg.*

dal magistrato, di chiedere innanzi a un giudice ciò che ci è dovuto. Questa è la definizione di Celso: « *Nihil aliud est actio quam jus, quod sibi debeatur judicio* (innanzi ad un giudice) *persequendi* (1); »

Ancora per questa parola si dinota la formola, che si rilascia, e per la quale questo diritto si conferisce.

Da ultimo per una figura di lingua, prendendosi l'effetto per la causa sovente si applica alla formola, e per conseguenza all'azione il nome di *judicium*, cioè dell'istanza giudiziaria, che essa organizza.

Ecco come nel sistema formolario queste tre parole *actio*, *formula*, *judicium*, spesso sembrano sinonimi; ecco donde vengono quelle diverse: *actionem*, *formulam*, *o judicium postulare*, *impetrare*, *accipere*: *suscipere*, *dare*, *accomodare*, *denegare*, e quelle parole frequenti dell'editto, *actionem* o *judicium dabo*; *non dabo*.

96. Azioni *in rem*; azioni *in personam*.

Le azioni si dividono presso la giurisprudenza romana in più categorie distinte. Un gran numero di queste distinzioni proviene dal componimento della formola. L'*intentio*, quell'elemento vitale d'ogni formola, che determina la pretensione dell'attore a verificarsi, fra tutte le parti formolarie, è quella che maggiormente influisce sulla natura delle azioni.

La principale tra le divisioni fondate su questa base è quella delle azioni *in personam* o *in rem*.

L'*intentio*, formolando la pretensione dell'attore, dee per necessità enunciare tutti gli elementi, onde essenzialmente vien costituito il diritto reclamato.

Or, se si tratta d'una obbligazione, gli elementi costitutivi, oltre il subbietto attivo del diritto, sono: la persona individualmente passiva, e la cosa obbietto del diritto. L'*intentio* dunque dovrà enunciarli tutti e tre. La persona del debitore vi figurerà come subbietto passivo: SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO, DARE, FACERE, PRAESTARE OPORTERE. (Se apparisce che Numerio Negidio deve ad Aulo Agerio dare, fare, o procurare). In tal caso si dice che l'*intentio*, o la formola, l'azione (prendendo la parte pel tutto) è *in personam*.

Ma se si tratta di un diritto reale, non vi è alcun subbietto individualmente passivo; gli elementi costitutivi del diritto sono: una persona subbietto attivo, ed una cosa obbietto del diritto. L'*intentio* adunque non enuncierà che questi elementi: SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE. (Se apparisce che il tale schiavo sia, secondo il diritto de' romani, la proprietà d'Aulo Agerio). Non vi è un subbietto individualmente passivo, oltre il reclamante e non vi figura altro che l'obbietto del diritto: e però dicesi che l'*intentio*, o la formola, l'azione è *in rem*.

Questa è l'origine di siffatte denominazioni.

L'azione è *in personam*, quando una persona figura nell'*intentio* come subbietto individualmente passivo del diritto il che ha luogo quante volte pretendiamo, che una persona sia in verso di noi obbligata a dare, fare, o procurare (*dare facere praestare oportere*):

L'azione è *in rem*, quando, non essendovi alcun subbietto individualmente passivo del diritto, altro non figura nell'*intentio*, oltre il reclamante, che la cosa obbietto del diritto; il che ha luogo quante volte sosteniamo, che una cosa o un diritto, indipendentemente da ogni obbligazione, ci appartiene (*aut corporalem rem intendimus nostram esse*, *aut jus aliquod nobis competere*).

Il sistema formolario andò in disuso, ma le denominazioni di *actio in rem*, *actio in personam*, gli sopravvissero, applicabili non più alla forma, ma a' differenti casi, ne' quali questa forma avea luogo (2).

Da ciò si vede, che è al tutto impossibile l'esistenza d'azioni miste, le quali sarebbero ad un tempo formate *in rem*, ed *in personam*. L'idea di esse non ha potuto sorgere che in un'epoca quando, abolite le formole, e dimenticatone sin il concetto, queste frasi aveano perduta la loro vera significazione.

Le azioni *in rem* portavano il nome generico di vendicazioni (*vindicationes*), e le azioni *in personam* quello di azioni propria-

(1) *Dig. 44, 7, 51, f. Cels.*

(2) Del rimanente queste dizioni non sono esclusivamente speciali al caso di azioni. La frase *in personam* dinota comunemente una disposizione, che si applica specialmente ad una persona; ed *in rem*, una disposizione generale senza riguardo a persona. — Si possono veder adoperate per l'editto del Pretore: *Dig. 13, 5, 5*, § *2. f. Ulp.* — *42, 5, 12 pr. f. Paul.* — Per i patti: *Dig. 2, 14, 21* § *1 f. Paul.* — *27*, § *2, Gai. 57*, § *1, f. Florent.*; — *7, 9, 5, pr. f. Ulp.* — Per le eccezioni: *44, 4, 2*, §§ *1, e 2, f. Paul.* — L'azione *in personam* è anche detta azione personale (*personalis actio*) nei seguenti testi: *Dig. 10, 4, 3.* § *3.* — *Cod. 8, 19, 2, constit. Antonin.*

mente, e talvolta di condizioni (*conditiones*), dizione, che in origine e nel senso tecnico era riserbata a certe specie particolari d'azioni personali (1).

97. Eccezione (*exceptio*), **replica, duplicazione, triplicazione etc.** (*replicatio, duplicatio, triplicatio*); **prescrizione** (*praescriptio*).

Queste parti accessorie della formola portavano il nome generico di *adjectiones*.

Facciamoci prima di tutto un'idea dell'eccezione. Può avvenire, che l'azione reclamata dall'attore debba concedergIisi, perchè nell'ipotesi de' fatti ch'egli allega, essa esiste secondo il diritto civile; può avvenire che, verificati questi fatti dal giudice, debba, secondo lo stretto diritto, pronunciarsi a suo favore la condanna, e che intanto il convenuto invochi qualche circostanza particolare, che, se fosse riconosciuta vera, renderebbe ingiusta la condanna: per esempio se egli pretende, che la sua promessa gli sia stata carpita con dolo, o strappata per violenza (V. qui sopra p. 39)

Il Pretore in siffatti casi, per dare al giudice il potere di verificare questi fatti, e prenderli in considerazione, li enuncia nella formola sotto forma per via d'eccezione, cioè eccettuando ed escludendo da quello, che si è posto nell'*intentio*, il caso in cui vi fosse stato per es. dolo, violenza, o alcun altro fatto allegato dal convenuto: « Si Paret Negidium Aulo Agerio Sestertium X milla. Dare Oportere » ecco l'*intentio*; e di poi ecco l'eccezione negativamente formata: « Si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit, neque fiat (se non vi è stato, nè vi sia alcun fatto di dolo da parte d'Aulo d'Agerio) .... Condemnato, etc. Alcune volte, comechè più di rado, l'eccezione si ponea nella *condemnatio* per restringerla, come in questo esempio: Dumtaxat in id quod facere potest condemnato. Così l'eccezione in tutta la proprietà etimologica del termine è una restrizione, messa dal Pretore sia alla pretensione formolata nell'*intentio*, sia alla *condemnatio* (2).

Come il magistrato accomoda l'azione all'attore, così pure egli accomoda l'eccezione al convenuto. Come il giudice è incaricato, per la formola, di verificare, se l'azione dell'attore sia fondata o no, così pure egli è incaricato di verificare se l'eccezione del convenuto sia fondata, o no. Per tal modo il magistrato decide se vi sia luogo, in diritto, di dare o di rifiutare l'azione o l'eccezione, senza nulla pregiudicare sul merito, ed il giudice verifica se sono giustificate, o no. Il primo regola l'affare in diritto: il secondo le giudica.

Del rimanente ogni eccezione, se sia giustificata, porta assoluzione, e per sempre.

La replica (*replicatio*) non è altro che l'eccezione dell'attore contro quella del convenuto, e così in seguito intendasi della duplicazione (*duplicatio*), della triplicazione (*triplicatio*), etc.

L'eccezione fu nelle mani del Pretore un potente mezzo di correggere il rigore del diritto civile. Questo mezzo penetrò fino nella stessa legislazione scritta, e si videro delle leggi, de' Senato-consulti, delle costituzioni imperiali introdurre de' diritti sotto forma d'eccezione. Queste osservazioni bastano per mostrare, che la vera eccezione del diritto romano non ha niente di comune con ciò, che noi oggi dinotiamo con questo nome.

La prescrizione (*praescriptio*) era una parte accessoria, che si poneva sul principio della formola, per un fine analogo a quello dell'eccezione, quantunque con qualche diversità; essa col tempo disparve, e si trasformò compiutamente in eccezione.

98. Degl'interdetti (*interdicta*).

L'interdetto era un decreto, un editto renduto, sulla domanda di una parte, dal magistrato, per comandare, o vietare imperiosamente qualche cosa: « *Vim fieri veto — Exhibeas — Restituas* ». Queste erano le parole imperative, con le quali ordinariamente terminavano gl'interdetti.

Essi principalmente si adoperavano nelle materie, che in modo più speciale son poste sotto la vigilanza, e la protezione delle pubbliche autorità. Per le cose di diritto divino, o religioso, come i tempî, ed i sepolcri; per quelle di diritto comune o pubblico, come i fiumi, le strade pubbliche.

Ma non pertanto aveano pure luogo per

(1) V. su tutto ciò Gaio 4 §. 1 e seg. Ho tradotto *vindicatio*, per vendicazione, e *vindicare* per vendicare non come espressioni della nostra lingua volgare, ma come termini tecnici, per conservare al diritto romano il suo colore locale. Del rimanente noi nella nostra lingua volgare correttamente abbiam detto « rivendicazione d'una cosa per *rei vindicatio* » rivendicare una cosa per *rem vindicare*. La particella *re* destinata a rendere la parola latina *rei*, *rem* indica evidentemente la ripetizione di un atto.

(2) *Dig. 44, 1, 2, f. Ulp.*

gl'interessi privati (*rei familiaris causa*), nelle cause, che per natura sono urgenti, o che sogliono produrre delle risse, e delle vie di fatto, e che richieggono l'immediato intervento dell'autorità. Tali sono principalmente le contestazioni sul possesso.

Se colui, contro del quale si era dato lo interdetto ubbidiva, l'affare era terminato. Se, per qualsivoglia cagione, ricusava di sottomettervisi, allora la contestazione diveniva un litigio, il magistrato rinviava innanzi ad un giudice, o ai ricuperatori. L'interdetto in questa procedura è la legge della causa, e delle parti promulgata dal Pretore. Già si vede quanto esso differisca dall'azione. L'interdetto emanava, presso il magistrato, dal suo diritto di pubblicare gli editti; l'azione accomodata in formola alle parti, emanava dal suo potere di giurisdizione. L'uno era una disposizione imperativa diretta alle parti, a fine di prevenire la lite, se esse vi si acchetavano, e di farne la legge, se vi era contestazione; l'altra era una commissione data al giudice di pronunciare sulla lite insorta. L'interdetto non teneva il luogo dell'azione, ma per contrario, le dava origine, e le serviva di base, se, non ostante l'interdetto, avesse avuto luogo la lite.

Se la causa è regolata da qualche legge o editto generale formante legislazione per tutti, il pretore innanzi tutto dà un'azione. Se la causa è di quelle, per le quali si è giudicato utile di fare intervenire ciascuna volta l'autorità imperativa del Pretore, per modo che ciascuna di esse debba esser regolata da un editto particolare formante legislazione per questa parte soltanto, il pretore dà un interdetto. L'interdetto è dunque un editto particolare, un editto tra due persone *inter duos edictum* (1). *Inter dicere*, è in certo modo, *inter duos edicere*. *Jus dicere*, *addicere*, *edicere*, *interdicere* sono espressioni che appartengono alla stessa famiglia.

Fra tutti è notevole l'interdetto *de libero homine exhibendo*, garentia della libertà individuale, che era un ordine a chiunque teneva arrestato un uomo libero, di presentarlo all'istante. « *Quem liberum dolo malo retines*, *exhibeas*; e si dava immediatamente sulla domanda di chiunque si fosse (2). Il Writ *d'habeas corpus* degl'Inglesi non è diverso da quest'interdetto.

(1) Gaio formalmente l'appella *edictum praetoris* 4, §. 166.

(2) *Dig. 43, 29, 1, e seg.*

99. Conoscenza straordinaria di cause *(extra ordinem cognitio, extraordinaria judicia)*.

Quando il Magistrato in luogo di seguire la procedura formolaria, e rinviare innanzi ad un giudice, credea a proposito di decidere egli stesso, questa forma di procedere dicevasi: *extra ordinem cognoscere; extra ordinem cognitio; extraordinaria judicia*; *actiones extraordinariae*, e la decisione del magistrato portava il nome di decreto (*decretum*) (3).

In certi affari si seguiva sempre questa forma. Qui si riferisce ciò che riguarda : Le restituzioni in intero (*restitutio in integrum*), per le quali il pretore, a causa di alcune particolari circostanze, rilevava straordinariamente i cittadini dalle conseguenze di un dato atto, che loro era di pregiudizio, e li ristabiliva nel medesimo stato come se il dato atto non avesse avuto luogo; Le immissioni in possesso dei beni (*missio in possessionem bonorum*); E le contestazioni sui fedecommessi, per le quali era stato creato un pretore speciale (*praetor fideicommissarius*).

A lato di queste procedure si mantenne, come avanzo e memoria del passato, l'uso delle azioni della legge ne'casi, in cui il giudizio era attribuito ai Centumviri, ed anche in un altro caso speciale (4).

100. Decadimento del sistema formolario.

Questo decadimento cominciato per l'uso sempre più frequente della *cognitio extraordinaria*, giunse al suo colmo sotto Diocleziano. Una costituzione di questo principe (dell'an. 294) stabilì per regola generale, da prima nelle province, ciò che da gran tempo era solamente una procedura straordinaria (5). Più tardi la regola divenne generale per tutto l'impero; ed il sistema delle formole cedette il posto ai *judicia extraordinaria*.

§. IV. — PROCEDURA STRAORDINARIA (*judicia extraordinaria*).

101. Il *jus* ed il *judicium*, l'ufficio del Magistrato, e quello del Giudice si confondono.

Il governo è divenuto imperiale (*imperium*: da *imperare*, comandare militarmen-

(3) *Dig. 1, 18, 8, f. Julian., e 9. f. Callistr.*

(4) Nel caso dell'*actio damni infecti*.

(5) *Cod. 3, 3, 2, const. Dioclet.*

te). L'antica costituzione di Roma non è più. L'aristocrazia delle famiglie patrizie, e lo spirito sedizioso e turbolento della plebe dormono nella storia. Anche la popolazione primitiva si è dileguata per l'incessante incorporamento di tutte le popolazioni.

Da Costantino in poi Roma ed il Tevere son venuti in decadenza, sorgendo in loro vece Costantinopoli, ed il Bosforo; l'Impero non è più romano, ma asiatico.

Esso si divide in quattro grandi Prefetture: l'Oriente, l'Illiria, l'Italia, le Gallie; ciascuna Prefettura in Diocesi, in Province. L'Italia è una prefettura.

Tutta la gerarchia delle autorità civili, o militari emana dall'alto, dalla volontà sacra. Le magistrature non son più repubblicane, ma imperiali.

Il Cristianesimo è la Religione dello Stato, ed il suo clero vi si è organizzato.

Una sì profonda trasformazione passa nello stabilimento del potere giudiziario, e nella forma delle procedure. Non si tratta più de'magistrati patrizi incaricati di dire il diritto, di lotte tra la casta senatoria, ed i cavalieri, e la plebe per l'ammissione sulle liste de'giudici. Non si tratta più di quelle decurie formate annualmente nel foro al cospetto del popolo, e pubblicamente affisse; di città che scelgono il magistrato; di cittadini che scelgono sulla lista annuale il loro giudice.

Il Rettore o Presidente di ciascuna provincia; il *Vicarius* o altro luogotenente delegato dal Prefetto; il Prefetto del Pretorio giudicante sull'appello, come rappresentante dell'Imperadore (*vice sacra*), e per ultimo ricorso lo stesso Imperadore; in un ordine inferiore, i magistrati locali di ciascuna città, con una giurisdizione subalterna limitata ad una certa somma; Roma, Costantinopoli, ed Alessandria con una loro organizzazione giudiziaria a parte. Aggiungete a ciò la giurisdizione fiscale, che è dal Principe confidata a speciali agenti; la giurisdizione militare, potere che gl'Imperadori hanno interamente separato dal potere civile; e la giurisdizione ecclesiastica de' Vescovi obbligatoria pei chierici, volontaria per gli altri cittadini. Tale è l'organizzazione giudiziaria.

Non vi è più distinzione tra il *jus* ed il *judicium*; non più istituzione di giudice, nè redazione di formola per ciascuna causa (1). L'attore cita direttamente il suo avversario innanzi all'autorità competente, per denunzia in cancelleria (*apud acta denuntiare*, *actionis denuntiatio*). Il Magistrato fa notificare questa denunzia alla parte citata per mezzo di un usciere (2); ed egli giudica la causa, essendo incaricato nel tempo stesso e della giurisdizione, e del potere di giudicare.

Solamente i Presidenti delle province in caso di moltiplicità degli affari, o delle occupazioni pubbliche, aveano la facoltà di rinviare le cause di minore importanza ai giudici pedanei (*pedanei judices* « *hoc est*, dice l'imperadore Giustiniano, *qui negotia humiliora disceptant* (3) ». Giudici inferiori, il cui ordinamento non ci è ben noto, ma pare che fosser nominati dall'Imperadore, e destinati in un certo numero nella giurisdizione di ciascun Pretorio (4), e la di cui giurisdizione da Giustiniano fu limitata alla somma di 300 soldi (5).

L'eccezione è divenuta regola: tutti i procedimenti sono straordinari.

102. Cambiamento di natura dell'azione, dell'eccezione, dell'interdetto dopo la procedura straordinaria, e segnatamente sotto Giustiniano.

L'azione non è più nè una forma determinata, e sacramentale di procedere, come sotto le azioni della legge, nè il diritto conferito dal magistrato di chiedere innanzi ad un giudice ciò che ci è dovuto, o la formola stessa che conferisce e regola questo diritto, come sotto il sistema formolario. L'azione non è più che il diritto risultante dalla stessa legislazione, di presentarsi direttamente all'autorità giudiziaria competente, pel conseguimento di ciò che ci è dovuto, o di ciò che ci appartiene, o pure l'atto stesso della domanda in giudizio.

(1) Per memoria, e come mezzo di transizione da un sistema all'altro si mantenne per qualche tempo l'uso di domandare, quando faceasi la denunzia in cancelleria, la formola d'azione (*impetratio actionis*), quantunque non vi fosse più il rinvio innanzi ad un giudice. Quest'uso fu abrogato da Teodosio, e Valentiniano. *Cod. Theod.* 2, 3, 1, e *Cod. Justinian.* 2, 58; 2, *const. Theod.* e *Valent.*

(2) *Cod. Theod.* 2, 1, *de denunciatione vel editione rescripti*, segnatamente 2, *const. Constant.*; 4, 13, 1, §. 1, *const. Theod.* — 15, 14, 9, *const. Arcad.* et *Honor.*

(3) *Cod.* 3, 3, De pedaneis judicibus 2, *constit. Dioclet.* e *Maxim.*; 3, *const. Julian.*

(4) *Nov.* 82, *c.* 1, che contiene molte di tali nomine fatte da Giustiniano, ed in cui si fa menzione d'una costituzione speciale di Zenone su questa materia.

(5) *Ivi*, *c.* 5.

L'eccezione non ha più senso: non è più una restrizione messa dal magistrato al potere di condannare conferito al giudice, ma è un mezzo di difesa, che il convenuto di propria autorità fa valere innanzi al tribunale. Per altro l'effetto dell'eccezione è anch'esso mutato; perocchè supponendola giustificata non porta sempre assoluzione definitiva; essa può talvolta procurar solo il beneficio d'un differimento. Lo stesso dicasi della replica, della duplicazione, della triplicazione; giacchè queste non sono che mezzi reciproci di difesa.

Gl' interdetti non esistono più. Ne' casi, in cui si sarebbero dati dal Pretore, si ha direttamente un' azione innanzi l'autorità giudiziaria competente.

Restano i nomi, ma in disaccordo con le istituzioni, che sono radicalmente cangiate.

103. Diverse significazioni della parola azione.

Da quanto precede noi vediamo quanto andrebbe errato chi desse una sola significazione alla parola *azione*, la quale è variata di senso con ciascun sistema di procedura.

Sotto il sistema delle azioni della legge, l'azione è una forma determinata, e sacramentale di procedere; non pertanto queste forme hanno un'applicazione più o meno generale, e non sono speciali per ciascun diritto distinto.

Sotto il sistema formolario: azione dinota il diritto conferito dal magistrato in ciascuna causa, di chiedere innanzi ad un giudice ciò che ci è dovuto; o pure la formola che conferisce, e regola questo diritto, o pure l'istanza innanzi al giudice, organizzata da questa formola. *Actio*, *formula*, *judicium* sono adoperati come sinonimi. Ciascun diritto benchè poca sia la sua distinzione, ha la sua formola, la sua azione preveduta e stabilita antecedentemente, in un modo generale, dalla giurisprudenza, e pubblicamente affissa. Ciascuna causa ha la sua formola, la sua azione discussa e redatta specialmente; e però quando s'indicano sull'albo le azioni, che si domandano, importa molto che non si erri nella scelta.

Sotto il sistema della procedura straordinaria l'azione non è più che il diritto, il quale direttamente proviene dalla legge, di chiedere innanzi all' autorità giudiziaria competente ciò che ci è dovuto. O pure, prendendo la parola nella sua significazione naturale, ed etimologica (da *agere* fare) l' atto stesso della domanda in giudizio; o finalmente, prendendola sotto il rapporto della forma, il modo di fare questa domanda.

Azione, anche sotto il sistema delle formole comprendeva nella sua significazione più estesa ogni domanda, ed ogni difesa di diritto: le eccezioni, gl'interdetti, le restituzioni in intero (1). In questo senso generale adoperavano questa parola i giureconsulti, quando dividevano il diritto sotto il rapporto delle persone, delle cose, e delle azioni.

In fine azione s'applica pure al discorso, all'azione oratoria, per la quale si espone la difesa del proprio diritto (2).

CONCLUSIONE

Idea generale del diritto, come scienza di ciò che è buono ed equo, o come il complesso di ciò che è ordinato.

Idea de'diritti come risultamento, e conseguenze immediate di questa scienza;

Elementi della generazione de'diritti: le persone subbietto attivo, o passivo; le cose obbietto del diritto; i fatti causa efficiente; ed il diritto scienza o legislazione, che deduce la sua conchiusione;

Le diverse specie di diritti;

Loro esperimento o difesa:

Esposte queste nozioni generali si può passare allo studio particolare della legislazione, e della giurisprudenza.

(1) *Dig. 44, 1, 1, — 44, 7, 37, e 51 — Paul. Sent. 1, 7, §. 1.*

(2) *Cic. pro Flac. 20; pro Tull. 6; pro Caecin. 2, 5, 33.*

FINE DELLA ESPOSIZIONE DEL DIRITTO ROMANO.

GIUSTINIANO

NATO NEL 482, IMPERATORE NEL 527, MORTO NEL 565.

Giustiniano è stato soprannominato *il Grande*, e per verità non considerando altro che le cose del suo regno, e posto da banda l'uomo, questo soprannome non è usurpato. Il suo impero, com' ei medesimo lo dice nel preambolo delle sue Istituzioni, venne in gran fama ed onore per le armi, e per le leggi. Ma a lui è intervenuto ciò che interviene a' principi, intorno ai quali risplendono le azioni di un'epoca illustre. Una specie di reazione spinge taluni ad abbassare chi si adorna di grandezza e adombrare lo splendore di colui sul quale rifulge la gloria di tutti gli altri. Le vittorie si attribuiscono unicamente ai generali, le istituzioni legislative ai giureconsulti, i capilavori di poesia, e di belle arti ai poeti ed agli artisti; si spoglia il capo della sua toga imperiale; sotto la porpora si cerca l'uomo, com'egli è, e si gode in mostrar debole, deforme, e piccolo colui, che il suo secolo, e la storia han soprannominato *il Grande*.

Questa reazione a riguardo di Giustiniano non indugiò fino alla posterità. Lo stesso istoriografo delle sue guerre, il narratore delle sue costruzioni e de'suoi edifizi, colui, ch'egli spediva appresso i suoi generali, come per raccogliere i fatti guerreschi, colui, al quale avea fatto consegnare tutti i disegni e progetti di sua architettura, Procopio, dopo aver pubblicato gli otto primi libri della sua storia in certo modo officiali, ne riserbò un nono intitolato il *Libro degli aneddoti*, o la *Storia segreta*, per disvelare con istile di libello i vizî ed i delitti dell' Imperadore, e dell'Imperadrice « affinchè, ei dice, quelli che eserciteranno più tardi il potere supremo, possano persuadersi per tali esempi, quale esecrazione ricader debba anche su di essi, pe'loro malefizî ». Nè la testimonianza di Procopio rimane isolata, che viene ad aggiugnervisi ancor quella degli storici contemporanei, o che vissero intorno a quel tempo, come Evagrio, Agatìa, Giovanni Zonaras.

Si dice comunemente che Giustiniano passò da una capanna dell'Illiria sul trono di Costantinopoli, ma questo passaggio non fu repentino, nè per salto. Nato in Taurisium da Sabazio suo padre e da Bigleniza sua madre, il giovine Upranda, chè così nomavasi in lingua Slava, fu allevato a Bederina patria di Giustino suo zio materno. Queste due città erano poste sui confini della Tracia, e dell' Illiria, onde alcuni il dicono Trace, ed altri Illirico.

Adottato in certo modo per le cure di Giustino suo zio, il quale da soldato era divenuto successivamente tribuno militare, prefetto del Pretorio, e quindi Imperadore, egli seguì la fortuna di lui, e da lui prese il nome di Giustiniano, secondo la desinenza usata per la denominazione degli adottati. Egli stette per qualche tempo in Italia presso di Teodorico, al quale Giustino, essendo prefetto delle milizie romane, avealo dato in ostaggio; ma non sì tosto fu questi elevato all'impero, ch'ei fu inviato a Costantinopoli. Colà successivamente investito del magistrato, del consolato, del patriziato, del comiziato, del *nobilissimato*, si vide in fine elevato alla speranza della successione imperiale. In fatti essendo stato creato Cesare, ed associato all' impero nelle calende di aprile 527 con l' adesione forzata, secondo Procopio, e secondo altri storici, sulla proposizione dello stesso Senato, la morte di Giustino sopravvenuta quattro mesi dopo, lo lasciò solo Imperado-

re di Oriente nelle calende d'agosto 527 in età di 45 anni, secondo Zonaras.

Con lui ascese sul trono di Costantinopoli Teodora, che ne avea servito il circo, ed ornato il teatro, che ne avea abitato il famoso portico di prostituzione l'*Embolum*, dove ella più tardi, come in segno di espiazione fè elevare il tempio di S. Pantaleone. Giustiniano, per isposarla, avea ottenuto da suo zio Giustino l'abrogazione delle antiche leggi, che vietavano le nozze tra le persone di dignità senatoria, e le commedianti. La nuova costituzione di Giustino era in termini generali, in un sistema di eguaglianza più liberale tra i cittadini, nello scopo di aprire una via al pentimento, e per applicare i principî della religione Cristiana, che è sempre presta a perdonare coloro che si emendano (1).

Lo stesso Giustiniano in diverse volte confermò siffatta costituzione (2). Il che Procopio chiama cosa detestabile. « Niuno de' senatori, niuno degli antistioni, egli dice, ebbe cura di opporvisi, e coloro, che non ha guari erano stati gli spettatori di Teodora al teatro del popolo, piegavano di poi innanzi ad essa le ginocchia, con le mani in atto di supplicanti, come suoi schiavi.

Per ben valutare gli atti del regno di Giustiniano è mestieri tener presente lo stato dell'Impero e della società, nel tempo ch'egli pervenne al trono.

L'invasione de' primi barbari erasi stabilita nel mezzogiorno. L'Africa, e la Spagna erano occupate da' Vandali, e da' Goti; le Gallie da' Franchi, Borgognoni, e Visigoti; l'Italia dagli Ostrogoti, e le altre parti dell'Occidente da altre bande di barbari. L'impero di Costantinopoli solo ancor si reggeva, e conservava l'epiteto di Romano, che avrebbe dovuto perdere con Roma, per prender quello di Greco. In su' confini Asiatici, tra gli altri nemici, erano i Persiani, i quali per rialzarsi, profittando della caduta di un impero, e delle perturbazioni dell'altro, eran divenuti formidabili.

Degli originarî costumi di Roma altro non rimanea in Oriente, che qualche parola, qualche memoria, e molti vizî: il greco era la lingua generalmente usata, il latino quasi del tutto obliato nell' uso volgare. Tutte le menti eran piene delle dispute sulla religione, e sul circo. Sulla religione talune nuove opinioni da alcuni professate, da altri combattute, riempivano l' impero di discussioni teologiche, e divideano in più sette i cristiani: gli ortodossi, e gli eretici, eutichiani, ariani, od altri, i quali tutti si riunivano per riprovare i giudei, e gl'idolatri. Nel circo, i colori che prendevano gli scudieri, i quali si disputavano il premio, dividevano la città in quattro fazioni: i bianchi, i rossi, i cilestri, ed i verdi. Queste due ultime fazioni, sopra tutto i cilestri (*veneti*), ed i verdi (*prasini*) con le loro rivalità inasprivano gli animi al tempo di Giustiniano; e siffatte divisioni nate da frivole cagioni si erano gradatamente trasformate in divisioni politiche ardenti e velenose.

Giustiniano subì l' influenza di questo stato della società. Le sue leggi, e le sue persecuzioni contro tutti quei che non erano Cristiani ortodossi, la strage, che comandò di tutti i giudei samaritani, che eransi ribellati in Palestina, l' ardore, col quale si diede alla parte de' cilestri contro i verdi; i tristi risultamenti, che siffatta predilezione più volte produsse; in fine la terribile sedizione de' verdi, di cui poco mancò che non fosse la vittima, sono tutte conseguenze di cosiffatta influenza. La sedizione, di cui parliamo, la quale ebbe luoge nel 532 scoppiò per diverse cagioni insieme unite: il principio parve che venisse dall'esasperazione de' verdi, vi si aggiunse il malcontento del popolo contro le esazioni di Giovanni prefetto del Pretorio, e di Triboniano che allora era questore; ed in fine riuscì nel tentativo di riporre sul trono la famiglia di Anastasio penultimo Imperadore. Tutta Costantinopoli si levò a rumore, alcuni senatori si erano uniti al popolo, Giustiniano era assediato nel suo palagio; ed il nuovo Imperadore Ipazio nipote d' Anastasio proclamato, ed inaugurato nel Circo, allorchè Belisario venuto dalla Persia co'suoi soldati, e Mundo governatore dell' Illiria con un corpo di Eruli penetrarono nel recinto, che il popolo occupava. Più di trenta mila persone, al dire degli storici, furono trucidate in questa repressione; e a due nipoti di Anastasio, fatti prigionieri, Ippazio e Pompeo, fu per ordine di Giustiniano troncato il capo, ed i loro corpi gittati nel Bosforo.

Le guerre, le opere di Architettura, e le leggi formano i tre grandi ordini de' fatti di Giustiniano; i lavori da lui ordinati su questi tre punti procedevano del pari senza che l'uno sospendesse gli altri.

Con Belisario, il primo fra i generali di Giustiniano, ritornò ne' soldati il coraggio, la disciplina, l'audacia, ed i trionfi. Le Instituzioni, ed il Digesto non erano ancor

(1) *Cod. 5, 4, de nuptiis const. 23.*

(2) *Nov. 89, cap. 115.—Nov. 117. cap. 6.*

promulgati, quando il regno de'Vandali nell' Africa era distrutto, e questa contrada nuovamente unita all' Impero, divisa come Prefettura in diocesi, ed in province, riceveva un Prefetto, de' Rettori, de' Presidenti (an. 533.). Pertanto Giustiniano, che fin allora erasi contentato, nel titolo delle sue leggi, degli epiteti volgari di Pio, Felice, sempre Augusto, pubblicando le sue instituzioni sopraccaricò il suo nome de'soprannomi di Alemannico, Gotico, Francico, Germanico, Alanico, Vandalico, Africano, e di molti altri ancora, di cui la maggior parte non gli era dovuta.

All'Africa succedè ben tosto la Sicilia, alla Sicilia l' Italia, e finalmente i Goti abbandonarono Roma, le cui chiavi come un pegno di soggezione furono inviate a Costantinopoli. Ma le città d'Italia prese e riprese a vicenda da' barbari e dagli eserciti di Giustiniano, non erano ancor definitivamente riconquistate: l'Eunuco Narsete, che fu surrogato a Belisario, non era indegno di quest'onore: egli gloriosamente menò a termine l'opera cominciata dal suo predecessore. Riconquistata tutta Italia all' Impero d'Oriente, egli sotto il titolo d' Esarca ricevè il comando di queste contrade, e si stabilì in Ravenna, che scelse a metropoli del suo Esarcato. Quanto al Vecchio Belisario, questi caduto in disgrazia, accusato di tradimento, spogliato delle sue dignità e de' suoi onori, reintegrato ma troppo tardi, quantunque dopo un solo anno, si morì; e la poesia, e la pittura impadronendosi delle sue sventure, ed ornandole di tutto il maraviglioso delle loro finzioni, l'han dipinto con gli occhi abbacinati da ferro rovente, e chiusi per sempre alla luce, guidato da un fanciullo, chiedere ai passeggieri, nel suo elmo, un obolo per Belisario. Così la tradizione poetica ha apposto a Giustiniano un delitto, ch' ei non avea commesso.

Le sue guerre contro i Persi furono nei loro risultamenti meno felici, che quelle di Africa, e d'Italia. Egli più d'una volta comprò la pace da *Chozroes*, il quale non sì tosto avea ricevuto il danaro, che ricominciava quasi immediatamente i suoi attacchi, e la cosa andò per modo, che alla fine, l'impero divenne tributario de' Persi d' una somma annuale di cinquecento libbre d' oro. Simiglianti tributi furon conceduti agli Unni, agli Abari, ai Saraceni ed altri barbari, per comperar la loro pace, o i loro servigi militari. Non il solo Procopio gli fa rimprovero di siffatti tributi, come onta, e ruina dell'Impero, ma ancora Giovanni d'Epifane, Menandro, e la più parte degli storici di que' tempi.

Quanto a'lavori d'architettura di Giustiniano, essi fornirono a Procopio il soggetto d' un' opera speciale (*de aedificiis*). Non vi era, come dicesi, quasi niuna città, dove egli non avesse fatto costruire qualche magnifico edifizio; niuna provincia, in cui non avesse fabbricata, o riparata qualche città, qualche fortezza, o castello. A lui appartiene la costruzione di S. Sofia, quel tempio Cristiano trasformato in Meschita da Maometto II, del quale anche oggidì va superba la città dell'Islamismo; la cui maestosa cupola è servita di modello a quelle di Venezia, di Pisa, e di S. Pietro di Roma. « Salomone, io ti ho superato! » esclamò Giustiniano, quando vide compiuta S. Sofia, e si narra ch'ei vi facesse realmente collocare scolpita in pietra l'immagine del gran re di Gerusalemme atteggiato di tristezza, ed abbattimento, nel contemplare la basilica, come se questi fosse dolente di veder superato il suo tempio. Ma le magnificenze, e le prodigalità di quel principe in opere di architettura si pagavano col danaro, e col sudore del popolo. Infatti egli aggravò l'impero di balzelli, ebbe ricorso a tutti i mezzi del potere imperiale sullo stato, sulle province, sulle città, su i particolari « e le masse d'oro, e di argento accumulate per tanti modi, consumava ogni giorno, dicono gli storici, o in tributi ai barbari, o in edifizi. »

Le opere legislative di Giustiniano più che le sue guerre e gli edifizi contribuirono a rendere immortale il suo nome. Da che sotto Alessandro Severo erasi interrotta la serie di quegli uomini illustri, che per le loro elucubrazioni avean introdotto nella giurisprudenza la scienza ed il ragionamento, non era più comparso alcun grande giureconsulto. Per verità lo studio delle leggi non era stato interamente abbandonato, ma esso non avea prodotto che uomini ordinarî, i quali limitandosi a seguire gli scritti lasciati da' *prudenti*, e le costituzioni promulgate dagl'Imperadori, dirigevano gli affari innanzi al magistrato (*advocati togati*), o davano lezioni di diritto (*antecessores*) nelle pubbliche scuole, tra le quali aveano il primato quella di Costantinopoli, e quella di Berito.

Questi per usare la locuzione d'un poeta, non erano che come le larve e gli spettri degli antichi giureconsulti. Del rimanente i plebisciti dell'antica Roma, i senato-consulti, gli editti de' pretori, i numerosi libri de' prudenti, i codici di Gregorio, di Ermo-

gene, di Teodosio, le costituzioni di tutti gl' imperadori, che venner di poi, accumulati, confusi, contradittori, formavano un vero caos legislativo. Questo caos Giustiniano con la sua legislazione si propose di rischiarare. Tra tutt' i giureconsulti, ch'egli adoperò in questo lavoro, principalmente è a far menzione di Triboniano o Tribuniano, il quale ne diresse quasi tutta l'opera. Per tal modo Giustiniano pubblicò successivamente: il *Codice*, le *cinquanta decisioni*, il *Digesto* o *Pandette*, le *Istituzioni*, la nuova edizione del *Codice* ed in fine le diverse *Novelle*, la cui riunione forma ciò che appellasi il *corpo di diritto* di Giustiniano. Egli riordinò pure l' insegnamento del diritto, e l'istituzione delle scuole.

L' Imperadore non sopravvisse lungamente a Belisario; ei morì nel 565, dopo un regno di 39 anni, in età di circa ottantaquattro anni.

Fu un tempo, nell'epoca dello studio generale e fiorente delle leggi romane, che l'oltraggiare, o difendere la memoria di lui, era come una passione, e gli storici, ed i giureconsulti si dividevano in due sette: i *Giustinianisti*, e gli *anti-giustinianisti*. Il Montesquieu non lo risparmia: « la cattiva condotta di Giustiniano, egli dice, le sue profusioni, le sue vessazioni, le rapine, la smania di edificare, di cambiare, di riformare, l'incostanza ne' suoi progetti, un regno duro, e debole, divenuto incomodo per lunga vecchiezza, furono de' mali reali misti a qualche inutile vantaggio, e ad una gloria vana ». Questo è presso a poco il riassunto laconico delle colpe, che gli vengono apposte da' Procopio, da' Evagrio (1), da' Agatia, e da Giovanni Zonaras.

Credulo all'adulazione, egli si lasciava dire da Triboniano, secondo la testimonianza di un autore contemporaneo, Esichio Milesio, ch'egli vivente ancora sarebbe innalzato al cielo. Così nel linguaggio orientale ed iperbolico d'un gran numero di sue costituzioni vediamo permettere ai sudditi di *invocare la sua eternità*, la sua bocca è una *bocca divina*; le sue leggi sono *divini oracoli*, *ispirazioni divine* (2); questa è senza dubbio la traccia delle adulazioni di Triboniano. Avido d'immortalità, facea imporre il suo nome a tutte le cose, per fino alla superba colonna di Teodosio il Grande la cui statua d'argento fece togliere, per porvi in cambio la sua. Si contano diciannove città su tutta la superficie dell'Impero, le quali presero il suo nome; la fortezza di Misia, il porto di Bisanzio, il palazzo imperiale, il diadema, la lettera J, i suoi libri di diritto, gli scolari, più di dodici magistrature, ed anche dei corpi di milizie, tutto si chiamò *Giustinianeo*.

La stessa prodigalità di adulazione fu usata con Teodora: e senza dubbio su tal punto il servile contegno de'cortigiani asiatici cresceva l'orgoglio dell'Imperadore e dell'Imperadrice. « Dopo che Giustiniano pervenne all'Impero, dice Giovanni Zonaras, non vi fu un solo potere, ma due; perocchè sua moglie era non meno, e forse più potente di lui ». In parecchie occasioni ei le consegnò lo scettro, ch'egli stesso avrebbe dovuto portare; facendo delle leggi a richiesta di lei, citandola nelle sue costituzioni, come sua consigliera nel governo; i titoli, i trionfi, le iscrizioni su i pubblici monumenti, e per fino il giuramento de'pubblici ufficiali eran comuni all'uno ed all'altra.

Del rimanente Giustiniano vantavasi di esser dotto nella filosofia, nella teologia, nelle arti, e nelle leggi; egli di sua autorità decideva quistioni teologiche, egli stesso formava il disegno de'suoi monumenti, egli rivedeva le sue leggi. Il progetto ch'egli fece da sè, di riformarle e ridurre in un codice, quantunque tolto in prestanza da precedenti saggi, fu sufficiente per onorare la sua intelligenza legislativa. Egli ebbe il merito di durare nel suo proposito, e di menare a fine questa grande opera.

I giureconsulti, soprattutto quelli della scuola storica, gli han fatto amaro rimprovero di avere nel suo corpo di diritto, mutilando senza rispetto gli antichi autori, sfigurate le loro opinioni, e quelle degli Imperadori. Ma faceva egli da storico, o da legislatore? dovea dare a'suoi sudditi un quadro della scienza del diritto antico, o dovea dar loro delle leggi? Non bisogna giudicar le cose per rispetto a noi, a' quali Giustiniano non pensava, ma per rispetto agli abitanti di Costantinopoli, e dell'Impero. D'altra parte, per essere giusti, non al corpo di diritto di Giustiniano, ma sì bene alla barbarie dobbiamo recare a colpa la perdita de'manoscritti, e degli antichi monumenti del diritto.

La più parte de' cambiamenti legislativi introdotti da Giustiniano son felici per la sua epoca; non si trattava più di Roma, d'istituzioni aristocraticamente repubblicane, di diritto rigoroso: togliendo via ciò che non era allora per l'Oriente che inutili sot-

(1) *Evagrio lib. 4. cap. 29 e 31.*

(2) *Cod. II. 9, 2, — I, 17, 1, §. 6.*

tigliezze, creò molti sistemi più naturali; e però più semplici, e più equi, non lasciò che poche tracce di ciò che dicevasi lo stretto diritto, e perfino in una Novella interamente le cancellò, distruggendo ciò che un tempo v'era di più caratteristico in quelle leggi, cioè la composizione civile delle famiglie, ed i diritti annessi a siffatta composizione. Egli ridusse questa parte essenziale del diritto civile all'osservanza della parentela naturale, de'legami del sangue. La sua legislazione sugli schiavi, e su i francati fu egualmente dolce e cristiana.

Un'importante osservazione è a fare, ed è che non fu il corpo di diritto di Giustiniano quello che venne raccolto, ristretto, ed ordinato da'barbari ne' loro stabilimenti Europei, ma sì bene gli scritti degli antichi giureconsulti romani, e le costituzioni del codice Teodosiano; di qui furon tratte le leggi romane de' Borgognoni. Noi nelle nostre scuole studiamo le sole leggi di Giustiniano, obliando interamente le altre, ed intanto non son queste leggi, nelle quali ci abbattiamo rimontando a'primi tempi della nostra monarchia. Ma nel medio evo, quando lo studio del diritto romano fu ravvivato e propagato in Europa, il corpo del diritto di Giustiniano fu quello che si prese a studiare, e certamente la legislazione di questo Imperadore più naturale ed umana esercitò allora sulla civiltà Europea un potere, che non avrebbe potuto avere il diritto sottile, e contro natura, che l'avea preceduto.

Non pertanto le idee d'innovazione di Giustiniano furono spinte tropp'oltre. Il Codice, che modifica il Digesto e le Istituzioni, le Novelle che modificano il Codice, e tra loro si distruggono, gittano nella legislazione una instabilità ed incertezza sempre funesta, e che servì di fondamento al rimprovero fatto a Giustiniano d'aver partecipato all'infame traffico di Triboniano, nel vendere a prezzo d'oro le sentenze, e perfino le leggi.

In somma Giustiniano è stato un Imperadore guerriero, architetto, e legislatore: delle sue guerre nulla n'è rimasto; della sua architettura qualche monumento; ma le sue leggi han regolato il mondo, e formano anche oggidì la base delle legislazioni europee.

Nell'infimo grado la guerra; — al di sopra le arti; — e nel supremo grado le Instituzioni!

INSTITUZIONI

Instituta, è la traduzione solita, ma certo poco francese, della parola latina *institutiones*, che i giureconsulti romani davano il più sovente per titolo a'loro trattati elementari di diritto. Ferrière ne ha parlato a lungo nella sua *Istoria del diritto*, capo 23, per provare, che fa d' uopo dire *Istituta*, e non Istituzioni. La prima denominazione era ricevuta ne'paesi consuetudinarii, come nel nord della Francia, e vi predomina ancora: ma ne'paesi di diritto scritto, propriamente ove il diritto romano imperava, si diceva, e si dice pure comunemente istituzioni. Questa è la locuzione della quale si serve M. Berriat-Saint-Prix, nostro compianto collega, autore tanto giudizioso ed esatto in tutto ciò che tiene alla erudizione (1), e questa è stata anche da me adottata.

Son pochi que' che per la parola *istituzioni* potessero intendere altra cosa, tranne l'opera promulgata dall'Imperatore Giustiniano. Ma spesso bisogna prenderla in senso generico. La denominazione d'istituzioni nella giureprudenza romana formava un titolo consacrato a que'trattati, ne'quali si trovano esposti in una maniera semplice e metodica i principii e gli elementi generali del diritto. È nel secolo fiorente della scienza, nel secolo che comincia da Adriano e fino ad Alessandro Severo, che noi troviamo copioso numero di siffatte opere: non sdegnarono i più illustri giureconsulti di formarne e d'iniziarne in tal guisa alla prima conoscenza delle leggi coloro che a simili studii si addicevano.

Le Istituzioni di Giustiniano non furono che un' imitazione, e per lo più una copia di quelle, che le avean precedute. Ecco le Istituzioni, di cui abbiam notizia; esse appartengono tutte ai settant'anni, che dividono il regno di Antonino Pio, da quello di Alessandro Severo.

Istituzioni di Gaio in quattro libri, sotto la denominazione di Comentarî.

Istituzioni di Fiorentino in 12 libri;

Istituzione di Callistrato in 3 libri;

Istituzioni di Paolo, Istituzioni di Ulpiano ciascuna in 12 libri;

Ed in fine Istituzioni di Marciano, che comprendevano 16 libri.

Queste sono le istituzione romane nate sul suolo d'Italia, sulle sponde del Tevere, nella città romana. Le istituzioni di Giu-

(1) V. la sua *Istoria di diritto romano* lit. 3, c. 4.

stiniano, che vennero trecent' anni dopo, non sono che Istituzioni Bisantine nate sul suolo asiatico, sulle rive del Bosforo, nel palagio imperiale di Costantinopoli. E però l'osservatore illuminato non mancherà di sentir vivamente in esse la differenza d'origine, di popolo, e di civiltà.

Di tutte siffatte istituzioni le prime, e le ultime solamente, cioè quelle di Gaio e di Giustiniano sono pervenute in fino a noi, esse sono, in certo modo, la parte superiore, e la parte inferiore della scala. Facendo tra queste il paragone possiamo valutare la trasformazione, che da un intervallo all'altro erasi fatta ne'costumi e nelle istituzioni. Quanto alle altre non ne abbiamo altrimenti notizia che per alcuni sparsi frammenti riportati in diversi luoghi del Digesto di Giustiniano.

Le stesse Istituzioni di Gajo avean subito la sorte comune, e questo giureconsulto, di cui non conoscevamo le opere, che pel loro titolo, e per alcune citazioni, era confuso nella folla illustre de' *prudenti* suoi contemporanei, quando il caso, fra tante altre, fè ritrovare la sua opera, e dopo più di dieci secoli di tenebre, la fè ricomparire alla luce.

I Barbari, che eransi stabiliti nel mezzogiorno delle Gallie, i Visigoti aveano inserito nella loro raccolta officiale di leggi romane, detta il Breviario d' Alarico, alcuni frammenti, e più spesso un analisi mutilata delle sue Istituzioni. I giureconsulti della scuola di Cujacio, e segnatamente Pithou suo illustre discepolo, aveano estratti questi frammenti ed analisi, e li aveano riuniti pubblicati in un volume: questo era tutto quel che possedevamo sotto il nome di Epitome delle Istituzioni di Gaio.

Intanto le vere Istituzioni erano sopravvivute; il medio evo le avea possedute, chi sa in quanti manoscritti! Uno di questi manoscritti era in Italia; ma ecco un monaco, nei tempi della barbarie di Europa, che ne lava, e ne raschia la pergamena, per sostituire sulle reliquie di questa scrittura profana un'opera sacra, le Epistole di S. Geronimo; il volume sacro prende il suo posto nella biblioteca del convento, e molti secoli dopo, nel 1816 il capitolo di Verona lo possedeva ancora.

Quivi due illustri Alemanni Niebuhr, e Savigny lo riconobbero, replicati tentativi permisero di ravvivare e deciferarne l'antica scrittura, e le vere Istituzioni di Gaio furono rendute al mondo de' dotti, quasi nella loro integrità. « Questa scoverta, con ragione ha detto il signor Hugo nella storia del diritto romano ch' egli ha data all' Alemagna, ha posto la scienza storica del diritto romano in una condizione, in cui niuna branca analoga delle conoscenze umane non s'è ancora trovata: quella cioè di avere a sua disposizione una delle migliori fonti, che è sorta all'improviso, ed alla quale niuno degli autori, che hanno scritto fino a' nostri giorni, ha potuto attingere per l'innanzi ».

Le Istituzioni di Gaio si rapportano al tempo d'Antonino Pio e di M. Aurelio, perchè sotto questi Principi visse l' autore: questo punto è oramai incontrastabile. Il diritto di quell' epoca vi si trova rivelato senz'alcuna alterazione nella sua purita tal quale era allora ; e queste rivelazioni non si applicano solo al diritto, ma eziandio ai costumi, alle istituzioni, in una parola alla società di quei tempi, sotto quasi tutti i suoi aspetti di vita pubblica, e privata.

Relativamente alle Istituzioni di Giustiniano (che portarono nel basso Impero il titolo più recente di *Institutа* in vece di quello di *Institutiones*, ed anche la semplice denominazione di *Elementa*), esse appartengono ad una società affatto diversa. L'imperadore avea già promulgato il Codice delle costituzioni imperiali, avea di già fatto cominciare il lavoro delle Pandette, o Digesto, che rapidamente progrediva, quando comandò che si componessero le sue Istituzioni, le quali, come egli stesso dice, furono tratte da tutte quelle degli antichi, e principalmente da quelle di Gaio. In fatti ora che possiamo paragonarle tra loro, vediamo che le Istituzioni di Giustiniano furono quasi copiate da quelle di Gaio: vi si trova la stessa distribuzione delle materie, ed una infinità di passi identici.

Composte sullo stesso disegno, son divise in quattro libri, come quelle di Gaio in quattro comentari, ma l'Imperadore vedea ancora un'altra ragione per cosiffatta divisione: egli avea, secondo le sue proprie dichiarazioni, diviso il Digesto in sette parti, « in considerazione della natura, e dell'armonia de' numeri ; » egli dunque divise le Istituzioni in quattro libri, affinchè vi si trovassero i *quattro elementi*...della scienza. Nell' un caso si vede l'arte cabalistica, e nell'altro un giuoco di parole.

Le Istituzioni, la cui compilazione era stata prontamente condotta a fine, furono confermate dall'Imperadore il 22 novembre 533; questi assicura di averle egli stesso lette e rivedute; un mese dopo, il 16 decembre, ebbe luogo la confermazione del Digesto; ma queste due opere riceverono contemporaneamente la loro autorità legale,

cominciando amendue dalla stessa epoca ad aver vigore (*dal* 30 *decembre* 533).

« Quest'opera, ha detto il Dupin, parlando delle Istituzioni di Giustiniano, presenta un doppio carattere: è un testo di leggi, giacchè fu promulgata da un legislatore, ed è nel medesimo tempo un libro elementare, perchè Giustiniano volle che si componesse precisamente per agevolare lo studio e l'insegnamento del diritto. Esso era il libro de' maestri, che doveano insegnarlo, e de' discepoli che doveano impararlo, e però tutti i giureconsulti, dottori, e professori si sforzarono d'interpetrarne le parole, e di spiegarne il senso. »

Questi sforzi cominciarono con le stesse Istituzioni. Teofilo professore di diritto in Costantinopoli, uno de'tre compilatori delle Istituzioni, ne pubblicò egli medesimo una parafrasi in greco, scritto prezioso, la cui autenticità non può oggidì più rivocarsi in dubbio, e che, per la sua origine contemporanea, va annoverato fra i monumenti del diritto (1). Di poi il numero de' comentarî sulle Istituzioni venne siffattamente crescendo, che molti cammelli non sarebbero bastati a portarli, come piacevolmente dicea Eunapio, parlando degli scritti de' giureconsulti romani; e però nel 1701 fu pubblicata un'opera col titolo: Della deplorabile moltitudine di Commentarii sulle Istituzioni.

Ora son venuto anch' io ad aggiungere alcuni nuovi volumi al carico del cammello; se mi si domandasse ragione di quest' atto come d'una inconseguenza, risponderei, che dopo lo stabilimento della nostra legislazione nazionale, e le nuove scoverte di testi, l'insegnamento del diritto Romano mi è paruto dover subire in Francia una totale trasformazione. Noi non dobbiamo più studiarlo *scolasticamente*, ma *storicamente*: esso per noi è entrato nel dominio della scienza storica.

Le Istituzioni in generale, come opere elementari, che presentano una divisione più metodica, un esposizione più semplice, delle brevi e precise spiegazioni sul complesso del diritto, sono buone a formar la base di questo studio. Ma 'studiar le Istituzioni di Giustiniano isolatamente, e come legge (sola cosa che si è fatta negl'innumerevoli commentarî anteriori ai nostri tempi) sarebbe per noi un controsenso, ed una miserabile fatica.

Le Istituzioni di Giustiniano non possono più essere separate da quelle di Gaio; in queste noi troviamo la *nazionalità*, *l'attualità* del tempo di Marc-Aurelio, nelle altre la *nazionalita*, l' attualità del tempo di Giustiniano; di poi riempiendo gl'intervalli, che le precedettero, o che le separano, con gli avanzi de' monumenti legislativi pervenuti fino a noi, possiamo, per così dire, ricostituire, nelle sue diverse età, l'antica società romana. Il risultamento di questi studî è la vera intelligenza della storia della letteratura, e della legislazione di quel popolo, che si chiamò il popolo re. E per noi giureconsulti, vi ha ancora, continuando la successione istorica, qualche cosa di più importante a scoprire: la generazione del nostro attuale diritto civile.

---

(1) Pubblicata da Fabrot, con una traduzione latina corrispondente. *Parigi 1637 in 4.°* Io raccomando la sua lettura.

SPIEGAZIONE STORICA

DELLE

ISTITUZIONI DI GIUSTINIANO

ARGOMENTO

Un Preambolo contiene in certo modo la sanzione, ed indica il carattere e lo scopo delle Istituzioni.

Le istituzioni sono divise in quattro libri.

Il 1.° libro espone alcune nozioni generali sulla Giustizia e sul Diritto,—e tratta delle Persone.

Il 2.° libro tratta delle cose; de' mezzi d'acquistare le cose particolari;—delle eredità testamentarie, de' legati e de' fedecommessi.

Il 3.° libro tratta delle eredità *ab intestato*, ed altre successioni universali; — e delle obbligazioni, che provengono da un contratto, o quasi da un contratto.

Il 4.° libro: Delle obbligazioni, che provengono da un delitto; —e delle azioni.

Si vede che la separazione di ciascun libro corrisponde piuttosto ad una partizione eguale, che alla natura speciale delle materie; e che, salvo il primo, questi libri, per la materia, di che trattano si rimescolano, e rientrano l'uno nell'altro.

Considerandoli nel loro tutto, la disposizione delle materie pare corrispondere a quell'assioma della giurisprudenza romana, secondo il quale tutto il diritto si riferisce alle Persone, alle Cose, ed alle Azioni. Ma siccome quest'analisi degli elementi del diritto è imperfetta, vi resta fuori del quadro un certo numero di materie, di cui non si vede bene, qual debba essere il posto.

La scuola alemanna è divisa in due sistemi sull'ordinamento generale delle materie del diritto.

Nell'un metodo si attengono a questa triplice divisione: le Persone, le Cose, le Azioni, con qualche diversità da un'autore all'altro, circa la distribuzione particolare delle materie sotto ciascuna di queste divisioni principali.

Nell'altro, ch'è predominante, e per così dire, consacrato, s'incontra: da prima una parte generale per l'esposizione de'principii generali; in secondo luogo una parte speciale così divisa, salvo delle piccole varietà da un'autore all'altro: 1. il diritto relativo alle cose o i diritti reali; 2. il diritto delle obbligazioni o i diritti personali; 3. i diritti di famiglia, donde derivano de'diritti reali, e dei diritti personali; 4. il diritto di successione, che fa altresì acquistare de'diritti reali e de'diritti personali.

PROEMIUM

INSTITUTIONUM D. JUSTINIANI

(IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU CHRISTI)

Imperator Cæsar Flavius Justinianus Alemannicus, Gothicus, Francicus, Germanicus, Anticus Alanicus, Vandalicus, Africanus, Pius, Felix, Inclytus, victor, ac triumphator, semper Augustus, cupidae legum juventuti.

PREAMBOLO (*)

DELLE ISTITUZIONI DI GIUSTINIANO

(NEL NOME DI NOSTRO SIGNORE GESU' CRISTO).

L'Imperadore Cesare Flaviano, Giustiniano, Alemannico, Gotico, Francico, Germanico, Antico, Alanico, Vandalico, Africano, Pio, Felice, Inclito, vincitore, e trionfante, sempre Augusto, alla gioventù studiosa delle leggi.

Leggendo le diverse costituzioni di Giustiniano, per le quali si comanda la compilazione del primo Codice, la sua confermazione, la composizione del Digesto, non si vedono accanto al nome di quest'Imperatore, che i titoli comuni di Augusto, o pure Pio, Felice etc. In questa costituzione per la prima volta Giustiniano prende i numerosi ed enfatici epiteti di *Africano*, *Vandalico*, *Gotico* ec., ed è perchè Belisario menando sotto le mura di Cartagine le milizie dell'Impero, ponendo in rotta i Vandali, ed

---

(*) Mi pare impossibile di rendere la parola *proemium* in una maniera degna delle leggi; essa non è nè prefazione, nè introduzione, nè prologo, nè preliminare, nè preambolo. Io non trovo la parola corrispondente. Essa dinota quella parte delle leggi destinate a farne l'elogio, ed a raccomandarne lo studio. Cicerone, seguendo l'avviso di Platone, la considera come indispensabile: così nel suo *Trattato delle leggi* non lascia di dire — *Ut vir doctissimus fecit Plato..... id mihi credo esse faciendum, ut priusquam ipsam legem recitem, de ejus legis laude dicam;* e dopo aver intraprese queste lodi e questi consigli, alla fine di essi aggiunge — *Habes legis proœmium, sic enim hoc appellat Plato*. Cicer. *De leg.* lib. 2.°

i loro ausiliari, avea già rovesciato il loro regno nell'Africa, e ridotta quella contrada allo stato di Prefettura Imperiale, onde Giustiniano si affrettò di unire al suo nome quello de' principali popoli barbari, comprendendovi alcune nazioni, che i suoi eserciti non ancora aveano vinte, o che non vinsero giammai.

Imperatoriam majestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam ut utrumque tempus et bellorum, et pacis recte possit gubernari, et princeps romanus non solum in hostilibus praeliis victor existat, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellat, et fiat tam juris religiosissimus, quam victis hostibus triumphator.

La maestà imperiale dee poggiare sulle armi e sulle leggi, affinchè lo Stato sia egualmente ben governato in pace che in guerra, ed il Principe non solo vinca i nemici nelle battaglie, ma ancora respinga per legittima via le calunnie de' malvagi, e si mostri tanto religioso nell' osservanza del diritto, quanto grande a trionfar sui nemici.

I. *Quorum utramque viam cum summis vigiliis, summaque providentia, annuente Deo, perfecimus, et bellicos quidem sudores nostros barbaricae gentes sub juga nostra deductae cognoscunt; et tam Africa, quam aliae innumerosae provinciae post tanta temporum spatia, nostris victoriis a coelesti numine praestitis, iterum ditioni romanae, nostraque additae imperio protestantur. Omnes vero populi legibus tam a nobis promulgatis, quam compositis reguntur.*

1. Questo doppio incarico, aiutandoci Iddio, con somma prudenza e con somma vigilanza abbiamo adempiuto. Le nostre militari imprese ben son note a que' barbari che abbiam ridotti sotto il nostro giogo; e ne fanno fede tanto l'Africa, quanto innumerevoli altre province, che dopo tanto volger di tempo, per le nostre vittorie dalla celeste protezione conceduteci, son ritornate sotto la signoria de' romani, ed aggiunte al nostro impero. Tutti i popoli son governati da leggi da noi pubblicate, o composte.

Questo passo non fa allusione alla conquista della Sicilia, e dell'Italia, fatta da Belisario, e Narsete, perocchè tal conquista avvenne molto tempo dopo. L'Imperadore vuol indicare le prime vittorie delle sue armi sopra i Persiani, sopra alcuni barbari, e principalmente le recenti sconfitte dei Vandali, e la sottomessione delle province Africane (*Hist. du droit*, n. 97 e seg.)

II. *Et cum sacratissimas constitutiones antea confusas* in luculentam ereximus consonantiam, *tunc nostram extendimus curam ad immensa prudentiae veteris volumina, et* opus desperatum, *quasi per medium profundum euntes, coelesti favore jam adimplevimus.*

2. Dopo aver poste *in isplendida armonia* le costituzioni imperiali per l' innanzi confuse, volgemmo le nostre cure agl' immensi volumi dell' antica giurisprudenza, e procedendo quasi per entro un abisso, per celeste favore abbiam compiuta un' opera che *niuno avrebbe osato sperare.*

Quì Giustiniano ricorda le opere, ch' egli già avea fatto comporre sulla legislazione: il Codice, per quelle parole, ***constitutione in luculentam ereximus consonantiam***; il Digesto per queste parole: ***nostram extendimus curam ad immensa prudentiae veteris volumina.*** A quest'ultimo lavoro egli attribuisce l'epiteto di ***opus desperatum.*** Del rimanente il Digesto in quel momento era già terminato, come dal testo medesimo apparisce, ma esso non fu confermato che circa un mese dopo. Egli è cosa importante il ben conoscere quali sono le diverse parti, che compongono il corpo di diritto di Giustiniano, qual'è il loro scopo, ed in qual epoca furono pubblicate. Di questa materia abbiamo già trattato. (***Hist. du droit*** n. 97 e seg.)

III. *Cumque hoc, Deo propitio, peractum est;* Triboniano, *viro magnifico, magistro et exquaestore sacri palatii nostri, necnon* Theophilo, *et* Doroteo *viris illustribus, antecessoribus (quorum omnium solertiam, et legum scientiam, jam ex multis rerum argumentis accepimus) convocatis; specialiter mandavimus ut nostra auctoritate nostrisque suasionibus componant Institutiones, ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere, sed ab imperiali splendore appetere; et tam aures, quam animi vestri nihil inutile, nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis, accipiant; et quod priore tempore vix post quadriennium prioribus contingebat, ut tunc constitutiones imperatorias legerent, hoc vos a primordio ingrediamini digni tanto honore; tantaque reperti felicitate, ut et initium vobis, et finis legum eruditionis a voce principali procedat.*

3. Ciò fatto, la Dio mercè, convocammo l'illustre *Triboniano* maestro, ed ex quaestore del nostro palazzo, *Teofilo* e *Doroteo* uomini illustri, e decani, i quali tutti hanno già dato più d'una pruova della loro intelligenza, scienza delle leggi, e fedeltà nell'eseguire i nostri comandamenti, e specialmente loro imponemmo di comporre con la nostra autorità e consigli le istituzioni, affinchè in vece di cercare i primi elementi del diritto in antichi, e rancidi scritti, possiate riceverli dallo splendore imperiale; affinchè niente d'inutile, e di scomposto entri negli orecchi, e negli animi vostri, ma solo ciò che appartiene alla stessa natura delle cose; ed affinchè, mentre prima la lettura delle imperiali costituzioni non era possibile, che ai primi tra voi, e dopo quattro anni di studio, voi ora fin dal principio le abbiate sott' occhio, degni di tanto onore, e favoriti da tale avventura, che per voi le prime ed ultime lezioni della scienza delle leggi sien partite dalla bocca stessa del principe.

Triboniano, *Teofilo*, e *Doroteo ;* Ecco i tre compilatori delle Istituzioni: di costoro abbiamo di già fatto parola. (*Hist. du droit* num. 103 e 104). Sappiamo che tutti i lavori legislativi di Giustiniano, salvo il Codice ; furon fatti sotto la direzione di Triboniano o Tribuniano , che Doroteo , era professore di legge a Berito, Teofilo a Costantinopoli. Quest'ultimo ha lasciato sulle Istituzioni una parafrasi in greco, che spesso ci servirà di guida nelle nostre spiegazioni.

IV. *Igitur post libros quinquaginta Digestorum, seu Pandectarum , in quibus omne jus antiquum collectum est , quos per eumdem virum excelsum Tribonianum , necnon et caeteros viros illustres et facundissimos confecimus , in quatuor libros easdem Institutiones partiri jussimus , ut sint totius legitimae scientiae prima elementa.*

V. *In quibus breviter expositum est et quod antea obtinebat , et quod postea desuetudine inumbratum imperiali remedio illuminatum est.*

4. Adunque dopo i cinquanta libri del Digesto o Pandette , ne' quali tutto l' antico diritto è stato raccolto, ed i quali abbiam finiti per mezzo del medesimo eccelso uomo Triboniano , e degli altri celebri ed eloquenti uomini , abbiam voluto che le Istituzioni si dividessero in quattro libri contenenti i primi elementi di tutta la scienza delle leggi.

5. In essi brevemente si è esposto ciò che per innanzi si usava , e ciò che per la desuetudine oscurato , ha per l' imperiale sollecitudine preso lume e chiarezza.

Egli è ben vero che sovente i compilatori delle Istituzioni han ricordato ciò che altra volta si usava. Molti titoli son preceduti da un sunto storico della materia , di che trattano ; tali sono p. e. i titoli de' testamenti, e delle successioni legittime; ma ve ne son pure degli altri, ne' quali questi preliminari mancano del tutto. Così non si dà alcuna nozione sulla storia delle azioni, materia tanto singolare , tanto importante nell' antica legislazione , e che a tante modificazioni andiede soggetta.

VI. *Quas ex omnibus antiquorum Institutionibus et precipue* ex commentariis Gai nostri *tam Institutionum , quam rerum quotidianarum , aliisque multis commentariis cum tres vir prudentes praedicti nobis obtulerunt , et legimus et cognovimus , et plenissimum nostrarum constitutionum robur eis accomodavimus.*

6. Le quali Institutioni tratte da tutte quelle degli antichi , e precipuamente da' comentari fatti dal nostro Gaio tanto sulle Istituzioni , quanto sulle altre cose , che avvengono alla giornata dai predetti giureconsulti ci sono state presentate;e noi dopo averle lette , e rivedute , diamo ad esse il vigore di nostre costituzioni.

Ex commentariis Gaii nostri. Abbiamo parlato di Gaio, delle sue opere, e soprattutto de' suoi comentarî , e della loro recente scoverta (*Hist. du droit*. n.° 72). Le Istituzioni di Giustiniano son composte sullo stesso disegno di quelle di Gaio, divise in quattro libri, come queste ultime in quattro commentarî ; la distribuzione delle materie è la stessa , ed un' infinità di passi sono identici.

VII. *Summa itaque ope , et alacri studio has leges nostras accipite ; et vosmetipsos sic eruditos ostendite , ut vos spes pulcherrima foveat , toto legittimo opere perfecto, posse etiam rem nostram publicam in partibus ejus vobis credendis gubernare.*

D. CP. XI. Kal. decemb. D. Justiniano PP. A. III. Cons.

7. A tutto potere dunque e con indefesso studio imparate queste leggi , e mostratevi siffattamente istruiti , che possiate nudrir nell' animo la speranza di esser abili , alla fine del vostro lavoro , a governare il nostro impero nelle parti , che vi saranno affidate.

Dato in Costantinopoli li 11 delle calende di decembre , sotto il terzo consolato dell' Imperadore Giustiniano sempre Augusto.

La data che quì abbiamo, corrisponde ai 22 novembre 533. Questa è l'epoca, in cui le istituzioni furono confermate ; il Digesto fu confermato circa un mese dopo , il dì 16 decembre , ed amendue queste opere ricevettero la loro autorità legale a partire dal 30 decembre 533.

LIBRO PRIMO

TITULUS I.

DE JUSTITIA ET JURE

TITOLO I.

DELLA GIUSTIZIA E DEL DIRITTO

Non è possibile che un uomo si trovi in presenza di un altro senza che nascano immediatamente dall' uno all' altro de' bisogni morali di azione o d' inazione, ossia di atti a fare o a non fare, di cui possono scambievolmente esigerne l'osservanza; e siccome la destinazione dell' uomo è quella di vivere in società, così in qualunque stato ed in tutto il corso della vita, siffatti bisogni da tutti i lati si riproducono. Sia che si manifestino per mezzo della ragione soltanto, o che ci vengano imposti da un' autorità che ha la forza di farsi obbedire, essi non sono meno effettivi, razionali, e con una intuizione puramente intellettuale nel primo caso: positivi e rivestiti di mezzi di una forza materiale nel secondo.

Per rendere in francese l'idea metafisica di questa necessità di azione o d' inazione tra gli uomini, noi adoperiamo una frase rivestita di forma sensibile, tratta da una figura geometrica, il *Diritto*, ossia la linea retta, la più breve, la linea invariabile e non arbitraria da un punto ad un altro; e noi serbiamo il traslato, allorchè chiamiamo *Regola* (istrumento che serve a tirare tale linea) la formola che esprime questa necessità, o la necessità istessa.

Quest' ultimo senso è anche quello della parola legge : la legge, largamente definita, non è altro che una necessità generale d' azione o d' inazione, ovvero la formola ch' esprime questa necessità: legge razionale se ci viene indicata dalla sola ragione ; legge positiva, se è stata formolata dall' autorità competente.

La parola *Jus*, impiegata presso i romani non è tratta dalla medesima imagine che la parola diritto : i romani l' han tratta dal fatto positivo di un comando, di un ordine, mediante il quale la necessità di azione o d' inazione ci viene imposta. *Jus* non è che una parola contratta derivata da *jussum*. La significazione originaria di questa voce è dunque *ordine*, *o regola generale prescritta*, vale a dire *legge formolata dal potere*.

Si sa con quanta inchinevolezza lo spirito umano in ogni lingua, dato un vocabolo una volta, ne varia, ne restringe, ne estende, ne modifica il significato. Tanto si è verificato a riguardo del vocabolo latino *Jus*, che del francese *Diritto*. Tal voce riceve un gran numero di accettazioni : una primitiva le è propria, quella che noi abbiamo indicata ; le altre ne derivano per figura di lingua.

Jus è altresì definito nel Digesto (1) in un senso più filosofico *ars boni et aequi*, l'arte di ciò ch'è buono, ed equo. Or un'arte non è che una collezione di regole, dunque il diritto, *jus*, dal punto di vista razionale è la collezione delle regole, che determinano ciò che è buono ed equo ; in quanto al diritto positivo, la collezione delle leggi. Il senso è reso generale: si prende la parte pel tutto; la legge, *jus*, per la loro collezione. In questo senso si dice diritto pubblico, diritto civile, diritto delle genti (*jus publicum*, *civile*, *gentium*) (2).

Jus qualche volta significa le facoltà, i benefizî conceduti dalla legge come: difendere i proprî diritti, diritto di successione, diritto di passaggio, (*jura sua tueri*, *jus ereditatis*, *jus iteneris*). Quì si prende la causa, cioè la legge, *jus*, per gli effetti, che essa produce.

Finalmente *jus* dicesi qualche volta del luogo, ove si rende la giustizia,; o del magistrato che l' esercita chiamare innanzi alla giustizia, o al magistrato (*in jus vocare.*) Qui si prende *jus* la legge pel luogo, dove essa si applica. Pel potere, pel magistrato incaricato di farla applicare (3).

Di queste diverse significazioni della parola *jus*, e di molte altre ancora, che quì trasandiamo, quelle, in cui più comunemente si adopera, sono la seconda, ove

---

(1) *Dig. 1, 1, pr. fr. Ulp.*

(2) Vedi qui sopra nella nostra *Esposizione del diritto romano* p. 3 lo svolgimento storico delle diverse idee del diritto *jus* presso i romani.

(3) *Dig. 1. 1. 11. fr. Paul.*

jus significa una collezione di regole, e la terza, in cui significa una facoltà, un vantaggio prodotto dalla legge.

Justitia est **constans et perpetua voluntas** ***jus suum cuique tribuendi.***

La giustizia è la *costante volontà* di dare *perpetuamente* a ciascuno ciò che gli è dovuto.

Constans et perpetua voluntas. La giustizia è una virtù; essa consiste nella volontà d'osservar fedelmente verso ciascuno queste necessità d'azione e di inazione che ci vengono imposte dalla legge e dalla ragione; di seguir sempre questa linea che si chiama *Diritto*, di rendere a ciascuno il suo diritto. Si aggiunge *constans*, perchè questa volontà debb'essere ferma, non vacillante; ma perchè *perpetua*? Si richiede forse che la volontà sia perpetua? No; perchè se un uomo ha avuto per due anni la ferma volontà di rendere a ciascuno il suo diritto, ed al termine di questo periodo ha perduto siffatta volontà, questo non impedirà che si dica, ch'egli per lo spazio di due anni ha praticato la giustizia. La giustizia, come le altre virtù, è indipendente dalla maggiore o minore durata della sua perseveranza. La voce *perpetua* dev' esser presa in questo senso, che la giustizia consiste nella ferma volontà di render *perpetuamente* a ciascuno ciò che gli appartiene. Non può dirsi giusto colui, che ha l'intenzione di rendere a ciascuno il suo diritto, durante un mese, e di non renderlo più il mese vegnente. Adunque per un meccanismo di favella molto comune nel genio della lingua latina, si è detto, personificando in certo modo la volontà: *Perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, per dire: *Voluntas perpetuo jus suum cuique tribuendi.*

Alcuni testi in luogo di *tribuendi* hanno *tribuens:* in tal modo si troverebbe definita la giustizia in azione (*giustizia distributiva*), ma il senso parrebbe meno esatto. Non si può dire *voluntas tribuens*; la volontà non dà, ma induce a dare (*voluntas tribuendi*); da un'altra parte taluno può essere perfettamente giusto, ed intanto, senza saperlo, non rendere a qualcuno ciò che gli appartiene.

I. Jurisprudentia *est divinarum, atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.*

1. La *giurisprudenza* è la conoscenza delle cose divine, ed umane, non la scienza del giusto e dell'ingiusto.

Jurisprudentia. La sola decomposizione di questa parola ce ne dà la significazione; *juris prudentia*, conoscenza del diritto. La stessa etimologia appartiene alla parola *jurisprudentes*, che conoscono il diritto, ed in seguito semplicemente *prudentes* i prudenti, nome, che i romani davano agli uomini versati nella scienza delle leggi.

La definizione quì data della giurisprudenza, e che appartiene all'èra filosofica de' giureconsulti romani, pare a prima vista molto ambiziosa: *divinarum, atque humanarum rerum notitia*, la cognizione delle cose divine ed umane! Ma non si vuol separare questa prima parte dalla seconda, *justi atque injusti scientia*, e si dee tradurre così: la giurisprudenza è la conoscenza delle cose divine ed umane, per sapervi determinare il giusto e l'ingiusto. In fatti gli oggetti, ai quali la giurisprudenza si applica, sono le cose divine, ed umane; lo scopo pel quale vi si applica, è di determinarvi il giusto e l'ingiusto. Bisogna dunque cominciare dal conoscere queste cose. Questa spiegazione parrà anche più esatta, se si ponderi bene il valore di quelle parole *notitia*, semplice conoscenza, e *scientia* scienza.

Per *cose divine* non s'intendono solamente quegli oggetti, che son fuori del commercio degli uomini, e che i romani chiamavano *res divini juris*, come gli edifizi consacrati a Dio, i sepolcri, etc. Parimenti l'espressione *cose umane* non si applica solamente a quelle cose *humani juris* destinate all'uso degli uomini, come le case, i terreni, gli animali, etc. La parola *rerum* debb'esser presa in un senso più esteso, perocchè la giurisprudenza si occupa, per le cose divine non solamente degli oggetti materiali, come i tempî, i sepolcri, ma ancora delle cerimonie della religione, della nomina de' pontefici, de' loro poteri, etc.; e per le cose umane non solamente delle case, de' terreni, ma ancora degli uomini stessi, della loro persona, de' loro diritti e de' loro doveri.

Del resto è essenziale di ben notare la relazione, che è tra queste tre parole: *jus*, *justitia*, *jurisprudentia*. *Jus* il diritto; *justitia*, la volontà di osservare il diritto; *jurisprudentia*, la conoscenza del diritto.

II. *His igitur generaliter cognitis, et incipientibus nobis exponere jura populi romani, ita maxime videntur posse tradi commodissime, si primo levi ac simplici via, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione, singula tradantur: alioquin si statim ab initio rudem adhuc*

et infirmum animum studiosi multitudine ac varietate rerum onoraverimus; duorum alterum, aut desertorem studiorum efficiemus, aut cum magno labore ejus, saepe etiam cum diffidentia, quae plerumque juvenes avertit, serius ad id perducemus, ad quod, leviore via ductus, sine magno labore, et sine ulla diffidentia maturius perduci potuisset.

2. Dopo queste generali definizioni, passando ad esporre le leggi romane, ci pare non potersi ciò agevolmente fare in altra guisa, che spiegando da prima ciascuna cosa per modo semplice e piano, salvo a trattarle dipoi più accuratamente e con più esattezza. Perocchè se fino dal bel principio sopraccaricheremo di una moltitudine di particolarità diverse l'animo ancora incolto ed inesperto dello studente, avverrà o che lo ridurremo a rinunziare a questi studi, o che con fatica lunga e malagevole stentatamente lo meneremo a quel punto, dove, per una via più piana, senza pena e disgusto avrebbe potuto più prestamente esser condotto.

III. *Juris praecepta sunt haec:* honeste vivere, *alterum non laedere, suum cuique tribuere.*

3. I precetti del diritto sono: *Vivere onestamente*, non offendere altrui, dare a ciascuno ciò che gli è dovuto.

Honeste vivere. Il diritto è qui considerato da Ulpiano (*Dig.* 1, 1, 10 § 1), in un senso ampio e filosofico conformemente alla definizione da lui data: l'arte *del buono e dell'equo.* Ecco perchè vi comprende quell'obbligazione generale *honeste vivere*, la quale pare riferirsi più alla morale, che al diritto positivo.

Intanto considerate il dritto nella sua significazione speciale e ristretta, *jus* (*quod jussum est*), ciò che è comandato, considerate non già i precetti morali, ma i veri precetti imperativi (*juris praecepta*), e voi ritroverete ancora le tre massime. In fatti 1.° alcune leggi servono a garantire i buoni costumi, e l'onestà pubblica, come quelle che proibiscono al fratello di sposare la sorella (1); ad un uomo di aver due mogli (*binas uxores*) (2); ad una vedova di passare a seconde nozze prima di compiersi l'anno del lutto (3). Questi e molti altri somiglianti precetti non sono precetti di morale soltanto, ma eziandio di diritto: una pena è inflitta a chi li trasgredisce; essi son compresi in quelle parole *honeste vivere.* 2.° Alcune leggi vietano di offendere altrui sia nella persona sia ne' beni: se p. es. io ho ferito il mio vicino volontariamente o involontariamente, se l'ho ingiuriato, se ho ucciso il suo cavallo, egli avrà il diritto di chiedere in giudizio contro di me la riparazione del danno, che gli ho cagionato: questo è il precetto del diritto, *alterum non laedere.* 3.° In fine alcune altre leggi comandano di rendere a ciascuno ciò che gli appartiene. Se il mio vicino m' ha venduta la sua casa, ed io gliene debbo ancora il prezzo, se mi ha dato in prestanza il suo cavallo, ed io non gliel'ho renduto, egli avrà il diritto di rivolgersi contro di me per costringermi all' adempimento delle mie obbligazioni, o per riavere la cosa sua: questo è il terzo precetto, *suum cuique tribuere.*

Si noti bene che il diritto, per esser compiuto dee contenere questi tre precetti: *Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*; perocchè, se si voglia restringere ai due ultimi precetti, in qual classe si collecheranno le leggi, di cui abbiam citato degli esempi, e che si riferiscono solo ai buoni costumi, ed alla pubblica onestà? Esse non potranno esser comprese nel precetto di non ledere alcuno, nè in quello di rendere a ciascuno ciò che gli appartiene.

IV. *Hujus studii duae sunt positiones:* publicum et privatum. *Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem. Dicendum est igitur de jure privato, quod tripartite est collectum: est enim ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus.*

4. Due sono le posizioni di questo studio: il *diritto pubblico ed il diritto privato.* Il diritto pubblico, che tratta del governo de' Romani, il privato che riguarda gl'interessi de' particolari. Noi dobbiam trattare del diritto privato, che si compone di tre elementi: di precetti del diritto naturale, del diritto delle genti, e del diritto civile.

Publicum et privatum. Le nazioni considerate come esseri collettivi hanno delle relazioni tra loro; la guerra, la pace, l'alleanza, le ambasciate richieggono delle regole particolari. La collezione di queste regole forma un diritto, che appellasi diritto delle nazioni (*jus gentium*). Un popolo considerato come un essere collettivo ha delle relazioni coi membri, che lo compongono; la distribuzione de' differenti poteri, la nomina de' magistrati, l'attitudine alle pubbliche funzioni, le imposte debbono esser regolate da leggi; il complesso di queste leggi forma il diritto pubblico (*jus pu-*

(1) *Inst.* 1, 10, § 2.
(2) *C.* 5, 5, 2, *const. Dioclet. et Maxim.*
(3) *Cod.* 5, 9, 2, *const. Gratian. Valent. et Theod.* — *Dig.* 3, 2.

blicum). Finalmente i particolari nelle loro relazioni d'individuo ad individuo, ne' loro matrimoni, nelle vendite, ne'differenti contratti hanno bisogno di regole, la cui collezione è il diritto privato (*jus privatum.*)

I romani, i quali non altrimenti sonosi elevati che spogliando, e distruggendo i popoli, aveano non per tanto un diritto delle nazioni formato di alcune regole generali per dichiarare e fare la guerra, per formare, ed osservare dei trattati di alleanza, inviare e ricevere degli ambasciatori. Noi abbiamo esposto nell' *Histoire du droit* le prime istituzioni di questa natura, e la creazione del collegio dei Feciali (*Hist. du droit.* n. 11).

Il loro diritto pubblico prontamente si svolse; esso è definito: quello che tratta del governo de'romani (*quod ad statum rei romanae spectat*); è mestieri attenersi a questa definizione. L'istituzione de' comizî del senato, la distinzione de' patrizi, de' cavalieri, e de' plebei, la creazione de' tribuni, degli edili, de' pretori appartengono a questo diritto. Bisogna aggiungervi le cerimonie della religione, la nomina ed i poteri de'pontefici, perchè il *jus sacrum* non è che una parte del *jus publicum*; così leggiamo nel Digesto: *Publicum jus in sacris, in magistratibus consistit* (1). Roma passando dai re ai consoli, dai consoli agli Imperadori vide per tre volte cangiare le basi principali del suo diritto pubblico, cambiate queste basi tutte le istituzioni accessorie dovettero subir delle modificazioni, e lo spirito della nazione non rimase sempre lo stesso. Sotto la Repubblica le commozioni del popolo, le leggi de' comizî, l'affaticarsi de' cittadini aveano quasi sempre per iscopo i diritti pubblici; ora le istituzioni repubblicane sono scomparse, l'antico diritto sacro ha ceduto il posto al diritto ecclesiastico, l'imperadore capo supremo dello stato comanda da padrone e tiene a sua disposizione i magistrati: i sudditi obbediscono senza pur pensare che possano aver de' diritti sul governo. (*Hist. du droit.* p. 53, 169, 239, 317, 382).

Mentre che da un lato il diritto pubblico ha tanto d'importanza, dall' altro il diritto privato, quello che riguarda gl'interessi de' particolari (*quod ad singulorum utilitem pertinet*), ha acquistato una rapida estensione: questo è il solo, di cui abbiamo ad intrattenerci nelle Instituzioni.

(1) *D. 1, 1, 1, § 2. Fragm. Ulp.*

TITULUS II.

DE JURE NATURALI, GENTIUM, ET CIVILI.

TITOLO II.

DEL DIRITTO NATURALE, DEL DIRITTO DELLE GENTI, E DEL DIRITTO CIVILE.

Se esamineremo le leggi collocandoci nel più alto punto di osservazione, scorgeremo, che tutti gli oggetti animati, o inanimati seguono delle leggi, cioè delle necessità, delle regole generali di azione o di condotta. Di queste leggi alcune sono puramente fisiche, materiali, e queste non possono mai esser violate. Così gli astri nel loro corso uniforme, i corpi nella loro tendenza verso il centro della terra, gli animali, e l'uomo stesso nella loro nascita, nello svolgimento delle loro forze, nella loro morte, obbediscono a leggi invariabili, alle quali è impossibile di sottrarsi; ma queste leggi appartengono alla giurisprudenza. La seconda classe di leggi non è applicabile che agli esseri animati, e regola in essi le loro azioni, che sembrano il risultamento d'un principio immateriale. Gli animali, e gli uomini conoscono queste leggi: esse sono ristrettissime di numero per gli animali, e molto estese per gli uomini; ma si potrebbe dire, che quanto più si avvicinano alla materia, tanto più sono inviolabili; così si vede che gli animali ben di rado si allontanano da quelle, che ad essi sono imposte, e gli uomini sovente trasgrediscono le loro. Checchè ne sia, sotto questo aspetto generale i romani giureconsulti riguardavano questa seconda classe di leggi quando dividevano il diritto privato *in diritto naturale* o comune *a tutti gli animali*; *diritto delle genti*, o comune *a tutti gli uomini*; e *diritto civile*, o comune *a tutti i cittadini*.

Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit. *Nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in coelo quae in terra, quae in mari nascuntur. Hinc descendit maris, atque conjunctio, quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreatio et educatio. Videmus etenim caetera quoque animalia istius juris perita censeri.*

Il diritto naturale è quello che la natura *ha inspirato a tutti gli animali*; perocchè esso non è particolare all'uomo, ma comune a tutti gli animali, che nascono in cielo, in terra ed in mare. Da questo viene il congiungimento del maschio e della femina, che noi chiamiamo matrimonio, da que-

sto la procreazione de'figliuoli, e la loro educazione. In fatti vediamo che anche gli altri animali son guidati da'principii di questo diritto come se ne avessero conoscenza.

Omnia animalia docuit. Il diritto naturale così definito potrebbe chiamarsi *diritto degli esseri animati.* Ma gli animali possono avere un diritto? Sì certamente, ma nel senso che di sopra abbiamo spiegato. Quando si dice che essi hanno un diritto, non si vuol significare che ne conoscano le disposizioni, e che le intendano, ma si vuol solamente dire, che vi ha delle regole generali, alle quali obbediscono per solo impulso della natura. Così essi si difendono quando sono assaliti; i sessi si congiungono tra loro, i figli son nutriti ed allevati dalla madre, e spesso anche dal padre fino a che possano per se stessi provvedere alla loro sussistenza. Tutte queste regole sono talmente necessarie ai bisogni ed all'essenza medesima degli animali, che sono in qualche modo inerenti in essi, e pel fatto stesso del vivere le osservano. Ma non pertanto la giurisprudenza, la quale non si deve per nulla occupare delle leggi fisiche, e materiali de'corpi, non dee neppur brigarsi delle leggi che seguono gli animali. Ecco perchè oggidì non s'intende per diritto naturale se non quello che risulta dalla organizzazione naturale dell'uomo; ecco perchè i giureconsulti romani dopo aver fatto menzione del diritto, che appartiene a tutti gli animali, perchè voleano presentare un quadro generale, non ne hanno dipoi più fatto parola.

1. *Jus autem* civile vel gentium *ita dividitur. Omnes populi qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur.* Et populus itaque romanus *partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. Quae singula qualia sint suis locis proponemus.*

1. Bisogna distinguere il *diritto civile* dal *diritto delle genti.* Tutti i popoli regolati da leggi o da costumi hanno un diritto, che parte è loro proprio, e parte comune a tutti gli uomini. Infatti il diritto che ciascun popolo a se medesimo ha imposto, è particolare ai membri della città, e chiamasi diritto civile, cioè diritto della città; ma quello che la ragione naturale ha stabilito, s'osserva egualmente appresso tutti i popoli, e si chiama diritto delle genti, cioè diritto di tutte le nazioni. *Anche i romani* seguono un diritto parte applicabile ai soli cittadini, e parte a tutti gli uomini. Noi avremo cura di farlo notare ogni volta che ne verrà il destro.

Civile vel gentium. Il diritto che è proprio dell'uomo, il solo, di cui la giurisprudenza dee realmente intrattenersi, si divide in diritto delle genti, e diritto civile. Il diritto delle genti è comune a tutti gli uomini qualunque essi siano; il diritto civile è comune ai soli cittadini. E però il primo potrebbe chiamarsi *diritto degli uomini*; il secondo, *diritto de'cittadini.* Qual'è l'origine fondamentale di questi diritti? Le Instituzioni quì ce lo insegnano. Il diritto delle genti (*diritto degli uomini*) vien dalla natura ragionevole degli uomini e dalle relazioni comuni,, che hanno tra loro. (*Naturalis ratio inter omnes homines constituit*). Il diritto civile (*diritto de'cittadini*) viene dalla volontà del popolo, che lo ha creato specialmente pe'suoi membri (*populus sibi constituit*).

Da queste spiegazioni si può vedere che non dee confondersi il diritto delle genti (*diritto degli uomini*) col diritto delle genti, (*diritto delle nazioni*), di cui quì sopra abbiam fatto parola. Del pari non si dee confondere il senso, che i romani davano al diritto civile (*jus civile, diritto dei cittadini*) con quello, che noi oggi gli diamo; giacchè noi ignorando il valore della parola *cittadino*, prendiamo il diritto civile per diritto de'privati, diritto de'particolari.

Populus itaque romanus. Applichiamo ai romani le idee generali, che abbiamo spiegate. I cittadini di Roma, e soprattutto della repubblica nascente, si separavano interamente da'popoli vicini; se aveano alcuna relazione con essi, ciò era solo sul campo di battaglia. E però del diritto delle genti non conoscevano altro che la servitù, e tutte le sue regole. Il loro diritto privato era tutto diritto civile, non potendosene alcuna parte applicare agli stranieri. Ma quando gli abitanti del Lazio, e poi quelli d'Italia furono vinti e riuniti a Roma in qualità di *peregrini*, fu forza conceder loro alcuni diritti. Allora fu creato in Roma il pretore degli stranieri (*praetor peregrinus*) incaricato di render loro giustizia (*Hist. du droit* num. 40); allora il diritto delle genti cominciò ad introdursi nel diritto civile, i pretori continuarono sempre più ad aver riguardo, i giureconsulti lo ammisero in grandissima parte ne'loro scritti, ed il diritto privato de' romani si trovò composto di precetti del diritto delle genti, e civile: i primi applicabili a tutti gli uomini, i secondi ai soli cittadini (*id.* p. 246 323).

Questi precetti non si trovano separati formanti due distinte divisioni, ma sono insieme confusi, e solo la legge ed il ragiona-

mento indicano a qual classe essi appartengono. Così la vendita, la locazione, la società, la permuta, ed una gran parte delle ordinarie convenzioni sono del diritto delle genti; ma la tutela, i contratti *verbis et litteris* nella loro forma primitiva, il potere di dare o ricevere per testamento, sono del diritto civile. Del rimanente bisogna ben guardarsi da un errore: quando si parla di un solo popolo, il carattere di una legge del diritto delle genti presso questo popolo non è quello d'esser riconosciuta da tutti gli uomini. Le leggi de'romani sulla vendita erano del diritto delle genti, perchè potevano in Roma essere invocate da tutti o stranieri o cittadini che fossero; ed intanto poteva avvenire che i popoli vicini non avessero le stesse leggi sulla stessa materia. Parimenti il carattere di leggi civili non è quello di essere adottate da un solo popolo, ma sibbene di essere applicabili ai soli membri del popolo. Le leggi sulle tutele erano del diritto civile, perchè erano applicabili ai soli cittadini; e non pertanto poteva accadere che un popolo vicino eziandio le adottasse.

II. *Sed jus quidem civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Atheniensium; nam si quis velit Solonis, vel Draconis leges appellare jus civile Atheniensium, non erraverit. Sic enim et jus quo romanus populus utitur jus civile romanorum appellamus, vel jus Quiritum, quo Quirites utuntur. Romani enim Quirites a Quirino appellantur. Sed quoties non addimus nomen cujus sit civitatis, nostrum jus significamus: sicuti cum poetam dicimus, nec addimus nomen, subauditur apud Graecos egregius Homerus; apud nos Virgilius. Jus autem gentium omni humano generi commune est, nam usu exigente, et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt. Bella etenim orta sunt, et captivitates secutae et servitutes, quae sunt naturali jure contrariae: jure enim naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur. Et ex hoc jure gentium omnes pene contractus introducti sunt, ut* emptio venditio, *locatio conductio, societas, depositum*, mutuum *et alii innumerabiles contractus.*

2. Il diritto civile prende il suo nome da ciascuna città; per esempio quello degli Ateniesi; perchè le leggi di Solone e di Dracone si possono senza errore chiamar *diritto civile degli Ateniesi*; e così noi chiamiamo diritto civile de' romani, o dei Quiriti il diritto che usano i romani, o Quiriti, giacchè i romani da Quirino si appellano *Quirites*. Ma quando diciamo *il diritto* senza aggiungere di qual popolo, intendiamo parlare del nostro diritto, come quando dicesi *il poeta* senza aggiugnervi alcun nome, s'intende presso i Greci il grande Omero, e presso di noi Virgilio. Il diritto delle genti è comune a tutti gli uomini, perocchè tutti si han formato alcune regole, che l' uso od i bisogni della vita richiedevano. Così vennero le guerre, e dopo di esse la cattività, e la schiavitù contraria al diritto di natura, giacchè per diritto naturale tutti gli uomini a principio nascevano liberi. Parimenti da questo diritto delle genti vennero quasi tutti i contratti, la *compra vendita*, la locazione, la società, il deposito, il *mutuo*, ed altri senza numero.

Emptio venditio. La lingua de' romani è ricca, e però nella designazione de' contratti avevano spesso delle parole per indicare ciascuna specie di obbligazione, che per essi si contraeva. Così la vendita si appellava *emptio venditio*. La prima parola indicava l' azione del compratore, la seconda quella del venditore. Del pari l' affitto appellavasi *locatio conductio*. La prima parola *locatio* indicava l'azione del proprietario, che dava in affitto; la seconda *conductio* l' azione di colui, che prendeva in affitto.

Mutuum è il prestito di consumo, il contratto, col quale si danno in prestanza delle cose per consumarsi con l'uso, come del vino, del frumento, dell' olio. Il prestito che dà solamente la facoltà di servirsi della cosa senza distruggerla, con obbligo di restituirla identicamente, come il prestito di un cavallo, chiamavasi *commodatum* prestito ad uso. Noi abbiam bisogno delle perifrasi per indicare siffatte diversità!

Riassumendo tutto ciò che abbiam detto sul diritto naturale, sul diritto delle genti, e sul diritto civile presso i romani, qual definizione se ne può trarre per ciascuno di questi diritti? 1.° Il diritto naturale (*diritto degli esseri animati*) è quello che la natura inspira a tutti gli animali; 2.° Il diritto delle genti (*diritto degli uomini*) è quella parte del diritto privato, che discende dalle relazioni comuni, e dalla ragione naturale degli uomini, ed è applicabile così agli stranieri, come ai cittadini; 3.° Il diritto civile (*diritto de' cittadini*) è quella parte del diritto privato, che il popolo ha formato solamente pe' suoi membri, e non è applicabile che ai cittadini.

III. *Constat autem jus nostrum, quo utimur, aut ex scripto aut non ex scripto; ut apud Graecos τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. Scriptum autem jus est lex, plebiscitum, senatusconsultum, principum placita, magistratum edicta, prudentum responsa.*

3. Il nostro diritto è *scritto*, *o non scritto*, come presso i Greci le leggi sono altre scritte, altre non scritte. Appartengono al diritto scritto la legge, il plebiscito, il senato-consulto, le costituzioni degli Imperadori, gli editti de' magistrati, le risposte de' prudenti.

Aut ex scripto, aut non ex scripto. Il

comando, che costituisce il diritto (*jus*, *jussum*) può esser dato espressamente, o tacitamente. *Espressamente*; se l' autorità legislativa ha manifestata la sua volontà, e l' ha messa in iscritto, essa fa legge; *tacitamente*; se questa volontà non si è altrimenti manifestata, che per un lungo uso comunemente adottato del pari fa legge. Il diritto scritto adunque è quello che è stabilito dalla volontà espressa del legislatore; il diritto non scritto è quello che s' è introdotto per l'uso, e del tacito consentimento del legislatore.

IV. *Lex est quod populus romanus senatorio magistratu interrogante (veluti consule) constituebat. Plebiscitum est quod plebs, plebeio magistratu interrogante (veluti tribuno) constituebat. Plebs autem a populo eo differt, quo species a genere: nam appellatione populi universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis, et senatoribus. Plebis autem appellatione sine patriciis et senatoribus, caeteri cives significantur. Sed et plebiscita, lege Hortensia lata, non minus valere, quam leges coeperunt.*

4. La legge è quella che il popolo romano stabiliva a richiesta di un magistrato senatorio, per esempio da un console, il plebiscito quello che la plebe stabiliva a richiesta di un magistrato plebeo, come da un tribuno. La plebe differisce dal popolo come la specie dal genere: perocchè sotto il nome di popolo si comprendono tutti i cittadini, inclusi anche i patrizi, ed i senatori; sotto il nome poi di plebe si comprendono solamente i cittadini che non sono nè patrizi, nè senatori. Del resto dopo la legge Ortensia i plebisciti cominciarono ad avere la stessa forza delle leggi.

La legge in un senso generico è un precetto comune (*Lex est comune praeceptum*) (1); ma in un senso particolare era presso i romani ciò che il popolo stabiliva, richiesto da un magistrato senatorio, come da un console, un pretore, un dittatore. Il plebiscito era ciò che la plebe stabiliva, richiesta da un tribuno; non sappiamo che altro magistrato proponesse i plebisciti, quantunque il testo dica *veluti tribuno*. La parola *plebi-scitum* (*comando della plebe*) dinota per la sua semplice decomposizione *quod plebs scivit*, *ac ratum esse jussit*. Alcuni autori per analogia han formata la parola *populiscitum* per dinotare la la legge, ma questa parola non era in uso appo i romani.

Seguendo la tradizione popolare abbiam veduto esser fin dai tempi di Romolo cominciate le assemblee popolari, i comizî per curie (*comitia curiata*) (*Hist. du droit* n.° 4); sotto Servio Tullio i comizî per centurie (*comitia centuriata*) (*ivi* num.° 14). Queste furono le prime fonti del diritto; ma le dissensioni dei patrizî, e dei plebei ne produssero un'altra. Questi ultimi ritiratisi in armi al di là dell' Anio, ottennero de'Tribuni, e non indugiarono a tener le loro assemblee (*concilia*) sotto la presidenza di questi magistrati (an. 263. *Hist. du droit* num.° 23). Per lo spazio d'intorno a dugento anni gli atti emanati da questi conciliaboli non ebbero per se stessi forza di legge; si richiedeva che un decreto del Senato li sanzionasse; ma dopo molte dispute, e dopo una nuova ritirata de' plebei sul Gianicolo (an. 468), una legge de'comizî (*Lex Hortensia*) dichiarò obbligatorî i plebisciti (*ivi* num.° 39). Da quel tempo le leggi, ed i plebisciti formarono insieme le due fonti del diritto; ma questi ultimi divennero più frequenti delle leggi, tanto che la maggior parte degli atti renduti sul diritto sono plebisciti. Essi sopravvissero alla reppbblica e si prolungarono fino ai due primi Imperadori. Gli ultimi che noi abbiamo *Lex Junia Norbana de latinitate manumissorum*; *Lex Viselia de juribus libertinorum* (an. di R. 777) furono pubblicati sotto Tiberio.

Frequentemente alle leggi, ed ai plebisciti si dava il nome de' magistrati, che li avean proposti, o de' consoli, sotto i quali erano stati promulgati. Talvolta vi si aggiugneva il soggetto di che trattavano indicandolo o con un ablativo, o con un genitivo, o con un addiettivo: *Lex Valeria Horatia de plebiscitis*, legge proposta sotto i consoli Valerio, ed Orazio intorno ai plebisciti; *Lex Hortensia*, legge proposta dal Dittatore Ortensio; *Lex Canuleia de connubio patrum et plebis*, plebiscito proposto dal Tribuno Canuleio; *Lex Julia repetundarum*, plebiscito fatto sotto Giulio Cesare, per vietare l' usucapione delle cose acquistate per concussione. Un epiteto comune indicava una riunione di leggi o plebisciti renduti sul medesimo soggetto: *Leges cibariae*, leggi sullo spendere; *leges agrariae* leggi agrarie; *Leges judiciariae*, leggi giudiziarie. È a notare che i plebisciti portano il nome di *lex* non altrimenti che le leggi propriamente dette, e che i romani dopo la prima metà della repubblica non dettero più a questa distinzione un' importanza così grande, come si potrebbe pensare.

Lege Hortensia lata. Due altre leggi si

(1) *D. 1, 3, 1, f. Papin.*

erano già fatte sul medesimo soggetto, ma dopo la legge Ortensia non vi furono più difficoltà (*Hist. du droit* n.° 39).

V. ***Senatus-consultum est quod Senatus jubet atque constituit. Nam cum auctus est populus romanus in eum modum ut difficile sit in unum eum convocari, legis sanciendae causa, aequum visum est senatum vice populi consuli.***

5. Il Senato-consulto è ciò che il senato comanda e stabilisce; perocchè essendosi il popolo romano talmente accresciuto che era molto difficile convocarlo insieme per la sanzione delle leggi, parve giusto che invece del popolo si consultasse il Senato.

Il Senato fin dai primi tempi di Roma avea come corpo dirigente, fatti de' decreti portanti il nome di *senato consulti*; ma questi decreti relativi all' amministrazione non aveano il carattere proprio delle leggi. In qual'epoca presero essi cosiffatto carattere? Teofilo nella sua parafrasi ci dice che la legge Ortensia, la quale riconobbe il potere legislativo ne' plebisciti, lo riconobbe eziandio ne' senati-consulti (1). Per verità egli è il solo che parla di questo fatto; Cicerone annovera di già i senato-consulti tra le fonti del diritto (2); noi ne conosciamo alcuni renduti negli ultimi anni della repubblica, e sotto Augusto; sotto il governo di Tiberio si moltiplicarono, ed alla fine sostituirono i plebisciti che qui si arrestarono: in fatti le elezioni de' magistrati furono allora trasferite dal popolo al Senato (3), ed il popolo, a dir vero, non fu più convocato. Che si dee conchiudere da tutti questi fatti? Che i senato-consulti anche sotto la repubblica aveano talvolta avuto forza di leggi, ma di rado, perchè allora i plebisciti formavano la principale sorgente del diritto, ma sotto Tiberio cessarono i plebisciti, ed allora i soli senato-consulti, e le costituzioni Imperiali regolarono la legislazione (*Hist. du droit* n. 39).

Da che i senato-consulti furono noverati tra le leggi si diè ad essi il nome de' consoli, o degli Imperadori, sotto i quali erano stati promulgati. S. C. *Claudianum* sotto Claudio; questo condannava alla schiavitù la donna libera, che avesse avuto commercio con uno schiavo (4); S. C. *Trebellianum* sotto Nerone; consoli Trebellio Massimo, ed Anneo Seneca (5). Un solo senato-consulto, che noi sappiamo, porta, il nome della persona, per occasione della quale fu fatta; S. C. *Macedonianum* fatto all' occasione d' un parricida, o com' altri dicono, d' un usuraio per nome *Macedo* (6).

VI. ***Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem, cum, lege Regia, quae de eius imperio lata est, populus ei, et in eum omne imperium suum, et potestatem concedat. Quodcumque igitur imperator vel*** per epistolam constituit, ***vel cognoscens decrevit, vel edicto praecepit legem esse constat: haec sunt quae Constitutiones appellantur. Plane ex his quaedam sunt personales, quae nec ad exemplum trahuntur, (quoniam non hoc princeps vult). Nam quod alicui ob meritum indulsit, vel si cui poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non transgreditur. Aliae autem cum generales sint, omnes proculdubio tenent.***

6. La volontà del principe eziandio ha forza di legge, perciocchè per la legge Regia che fu fatta per suo conto, il popolo a lui cedette e trasferì tutto il suo impero, e potestà. E però tutto ciò che l'Imperadore *decide con un rescritto*, giudica con un decreto, o comanda con un editto, è chiaro esser legge; e queste sono che si chiamano *Costituzioni imperiali*. Di queste alcune sono personali, e non si prendono ad esempio, perchè il principe nol vuole; il favore, che egli concede al merito, la pena, che dà particolarmente ad alcuno, il soccorso straordinario che compartisce, non si estende oltre la persona. Altre sono generali, ed obbligano senza dubbio tutti i cittadini.

Non ostante la volgare opinione, che riporta al tempo di Adriano l'origine delle costituzioni imperiali, noi abbiam provato con esempî (7), che esse cominciarono con gl' Imperadori (*Hist. du droit.* num. 64). Sotto Augusto le fonti del diritto erano i plebisciti, i senato-consulti, le costituzioni; dopo Tiberio, essendo i plebisciti interamente cessati, continuarono ad essere in uso i senato-consulti, e le costituzioni, ma circa un secolo dopo di Adriano, alquanto appresso il regno di Settimo Severo (an. 959), i Senato consulti cessarono alla loro volta di essere in voga, e l'unica fonte del diritto fu la volontà del principe.

Quanto alla legge Regia, abbiam dimostrato (*Histor. du droit.* num. 65), che sotto questo nome si volle indicare la legge, che diè all'Imperadore l'imperio ed il potere, e che questo passo non dee altrimenti intendersi, che in questo senso: sic-

(1) *Teoph. hoc* §.
(2) *Cic. Topic.* 5.
(3) *Tacit. an.* 1, §. 15.
(4) *Inst.* 3, 12 § 1.
(5) *Inst.* 2, 23 §. 4.
(6) *Inst.* 4, 7 §. 7 — *Dig.* 14, 6. 1.
(7) *Inst.* 2, 12, *pr.*; 2, 23. § 1.; 2, 13, § 4.

come il popolo per una legge concedè ogni suo imperio, e potere all'Imperadore, così questi incontrastabilmente ha il diritto di fare delle costituzioni. E questa nostra opinione è confermata da ciò che Teofilo dice sotto questo paragrafo.

Per epistolam constituit. Il testo quì fa allusione alle tre specie di costituzioni, che noi abbiamo distinte (*Hist. du droit.* num. 64). 1.° Gli atti, che diceansi mandati, epistole, rescritti (*mandata*, *epistolae*, *rescripta*). Questi erano dall'Imperadore diretti a diverse persone, come sarebbe ai suoi luogotenenti, ai pretori, ai proconsoli. Tale è il rescritto di Antonino, sui maltrattamenti fatti agli schiavi (1); tal'è ancora quello di Trajano sul testamento de' militari (2). Alcune volte erano scritti a semplici particolari, che imploravano un favore qualunque. Tali sono i rescritti, che permettevano ad un cittadino di legittimare il suo figliuolo naturale (3), o di arrogare un capo di famiglia (4). 2.° I decreti (*decreta*) vere sentenze, che l'Imperadore pronunziava come giudice sulle contestazioni, che volea decidere da se medesimo (*cognoscens*). Trovasi un esempio di decreto nella sentenza, che le Instituzioni attribuiscono a Tiberio, sopra una contestazione elevata tra uno de' suoi schiavi, ed un cittadino (5). 3. Gli editti (*edicta*) o leggi generali promulgate spontaneamente dall'Imperadore.

È da notare che gli editti regolavano solamente l'avvenire, e questo è uno de' caratteri essenziali della legge; per contrario i decreti, decidendo una lite insorta, operavano sul passato, e lo stesso è a dire de' rescritti diretti a que' magistrati, che, nel caso d'una contestazione chiedevano consiglio all'imperadore.

Quaedam sunt personales. Gli editti sono delle leggi generali, e si applicano a tutti i sudditi. I decreti sono delle sentenze o decisioni; si potrebbe credere che fossero particolari alle cause, per le quali erano renduti; ma essi, quando l'Imperadore così volea, faceano legge per tutti i casi somiglianti. I rescritti per lo più erano generali, e servivano ad interpetrare, o modificare le leggi; la più parte delle costituzioni imperiali erano pubblicate in cosiffatta forma. Non pertanto un gran numero di rescritti erano semplicemente particolari; per esempio, se l' Imperadore permetteva una legittimazione, o adozione; se concedeva un favore domandatogli, se facea grazia ad un condannato, se dava una pena più forte o più leggiera, se facea ad alcuno remissione delle imposte, etc.

Ben agevolmente si scorge, che le costituzioni comprendevano diversi poteri della sovranità: poterè legislativo, interpetrativo, giudiziario, ed esecutivo.

VII. ***Praetorum quoque edicta non modicam iuris obtinent auctoritatem. Hoc etiam ius honorarium solemus appellare, quod qui honores gerunt, idest magistratus auctoritatem huic iuri dederunt. Proponebant et aediles curules edictum de quibusdam causis, quod et ipsum iuris honorarii portio est.***

7. Gli editti de' pretori hanno anch'essi non poca autorità legislativa; noi diamo ad essi il nome di diritto onorario, perchè debbono la loro autorità a coloro, che esercitano gli onori, cioè le magistrature. Anche gli Edili curuli pubblicavano l' editto intorno ad alcune determinate materie, e questo eziandio fa parte del diritto onorario.

Praetorum quoque edicta. Nella storia del diritto abbiam riferito la creazione del primo pretore, e quella degli edili curuli (*Hist. du droit.* n. 33); la distinzione de' pretori in *praetor urbanus*, *praetor peregrinus*; l'aumento, e la diminuzione del numero di questi magistrati, il qual numero crebbe fino a diciotto sotto l'Imperadore Claudio, e fu ridotto a tre sotto i principi di Costantinopoli. I pretori, e gli edili erano compresi tra i magistrati detti *Magistratus populi romani* (M. P. R.), per distinguerli dai magistrati particolari delle città. Gaio parlando di essi dice: « I magistrati del popolo Romano hanno il diritto di fare gli edit» ti, ma questo diritto principalmente si e» sercita negli editti de' due pretori, urba» no, e peregrino, la cui giurisdizione nelle » province appartiene ai Presidenti; e nel» l' editto degli edili curuli, la cui giurisdi» zione è esercitata da' questori nelle pro» vince del popolo; perocchè per le pro» vince di Cesare, siccome non vi si man» dano questori, così non vi si pubblica sif» fatto editto. » (*Gaius* Comm. 1 § 6).

In che modo ebbe origine e si accrebbe questa facoltà, che aveano i magistrati? Questo è un quadro, che noi abbiamo già delineato (*Hist. du droit.* n. 53); ora ci basta di ricordare, che coi loro successivi editti (*leges annuae*), introdussero dei principî affatto nuovi dedotti dall' equità e

(1) *Inst. 1, 8, § 2.*
(2) *Inst. 2, 11, § 1.*
(3) *Nov. 74, cap. 1 e 2.*
(4) *Inst. 1, 11, § 1.*
(5) *Inst. 2, 15, § 4.*

dalle leggi naturali, e che per tal modo, accanto al diritto civile composto delle leggi emanate dal legislatore, degli usi, e delle decisioni dei giureconsulti, si elevò il diritto pretorio destinato ad ajutare, a compiere, e correggere il diritto civile (*adjuvandi*, *vel supplendi*, *vel corrigendi juris civilis gratia*) (1). Di somma importanza è questa distinzione tra il diritto civile, ed il pretorio, e ad ogni passo s'incontra nelle leggi. Per via di distinzioni, di rigiri, di cangiamenti di parole, i pretori giungevano a correggere i principî rozzi e selvatici del diritto civile, senza far vista per altro di distruggerli. Egli è utile di osservarne qualcuno degli esempî da noi arrecati (*Hist. du droit*, pag. 246 e seg.).

Gli editti d'anno in anno in parte rinnovati, non aveano il carattere principale di leggi, ma l'uso consacrava talune loro disposizioni, che i pretori non poteano più abrogare; queste si trasmettevano da editto in editto, e la loro raccolta componeva il vero diritto pretorio, il quale per tal modo riconosceva dall'uso il suo carattere legale. Queste leggi sotto Adriano erano a grandissimo numero pervenute, quando un giureconsulto, Salvio Giuliano, fece su di esse un'opera confermata di poi dall'Imperadore, e dal Senato, la quale prese il nome di *Edictum domini Hadriani*, *Edictum perpetuum*, e ricevuta di poi da tutti i pretori, formò del diritto pretorio un vero diritto scritto (*Hist. du droit*, n. 71). Da questo punto i pretori non pubblicarono più, di loro autorità, se non qualche regola di forma relativa all'esercizio de'loro uficî, e tale era ancora lo stato di questa istituzione sotto Giustiniano. Per altro il numero dei pretori a quel tempo trovavasi ridotto a tre soli.

Teofilo sotto questo paragrafo, domanda perchè ai magistrati del popolo romano erasi data la facoltà di pubblicare degli editti, e non quella di fare dei decreti o dei rescritti. La ragione è, egli dice, che, siccome questi ultimi atti si fanno non solamente per l'avvenire, ma all'occasione di un affare già passato, si sarebbe potuto ragionevolmente temere la parzialità de'magistrati. Essi per verità rendevano delle sentenze, ma proprie alla sola causa che decidevano, e per conseguenza sfornite del carattere legislativo, che i decreti sovente aveano.

VIII. *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones, eorum, quibus permissum erat jura concedere. Nam antiquitus constitutum erat, ut essent qui jura publice interpretarentur, quibus* a Caesare jus respondendi datum est, *qui iurisconsulti appellabantur*: *quorum omnium sententiae, et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut* judici recedere a responso eorum non liceret, *ut est constitutum.*

8. I responsi de'prudenti sono le decisioni e gli avvisi di coloro, ai quali era permesso di stabilire il diritto. Imperocchè anticamente era ordinato, che le leggi si dovessero pubblicamente interpetrare da certe persone, *che ricevevano dal Principe la facoltà di rispondere.* Queste si chiamavano giureconsulti, e tale era l'autorità dei loro avvisi, e decisioni unanimi, che, secondo le costituzioni *non era permesso al giudice di allontanarsi dai loro responsi.*

Da prima, siccome i soli patrizî erano iniziati ne' misteri del diritto civile, delle azioni, e de' fasti, così essi soli assisi nel loro *atrium*, circondati dai loro clienti, e da quei che venivano a consultarli, davano sulle materie di diritto i loro consigli, o responsi, come una specie d'oracolo. Ve ne fu uno tra essi, G. Scipione Nasica, al quale il Senato avea, a spese della Repubblica, dato anche una casa nella Via Sacra, affinchè potesse più agevolmente essere consultato (2). A quei tempi la giurisprudenza era un monopolio de' Patrizî, che la casta privilegiata riteneva tra se, e sotto segreto. Ma dopo la promulgazione delle Dodici Tavole, dopo la divulgazione dei fasti e delle azioni, e soprattutto dopo che i plebei progressivamente ebbero conquistata l'eguaglianza politica, cessò il mistero, ed a questi responsi da oracolo succedette una istruzione ed ammaestramento patente ed aperto a tutti.

Verso la metà del quinto secolo di Roma nel 460, o presso a poco, un plebeo pervenuto alla dignità di Pontefice massimo, per nome *Tiberio Coruncanio*, fu il primo che si espose non solo a rispondere alle quistioni, che gli eran proposte, ma anche a professare pubblicamente il diritto (3). Molti altri dopo lui imitarono il suo esempio, e da ciò ebbe origine quella classe di savi detti *jurisconsulti*, o semplicemente *consulti*, *jurisperiti* o *periti*, *jurisprudentes* o *prudentes*. Siffatta è l'origine de' responsi de' prudenti, parecchi de' quali ripetuti successivamente da' giureconsulti che seguirono, e confermati dall' uso furono incorporati nella legislazione come diritto non scritto (*Hist. du droit*. n. 45). Augusto creò una classe

(1) *D. 1, 1, 7, § 1 fr. Papin.*
(2) *Dig. 1, 2, 2, § 37, fr.* di Pomponio, che contiene un compendio della storia del diritto romano.
(3) *Ivi § 35.*

di giureconsulti privilegiati, di giureconsulti officiali, che dal principe erano investiti della facoltà di rispondere, sotto la sua autorità (1). A questi si riferiscono i seguenti detti: *quibus permissum est jura condere*. Pertanto pare che anche ai responsi di questi privilegiati giureconsulti non fosse allora altra forza attribuita, se non quella risultante dal credito e dalla riputazione del loro autore (*Hist. du droit.* n. 66). Adriano conferì ad essi una certa forza di legge, comandando che il giudice vi si sottoponesse, quando essi fossero unanimi (2) (*ivi* n. 72). Ne' primi tempi dell'impero eran cominciati a venir fuori quei grandi uomini della giurisprudenza romana *Labeone*, *Capitone*, *Sabino*, *Procolo*, *Giuliano*, *Africano*, e le loro decisioni da prima puramente verbali, erano ridotte in iscritto, e dipoi raccolte in uno in diversi trattati. Di poi vennero *Pomponio*, *Scevola*, *Gaio*, *Paolo*, *Ulpiano* nomi illustri in questa scienza; l'ultimo fu *Modestino*. Quì s'interruppe la serie di que' giureconsulti. Eran trascorsi dugento anni, e niuno era succeduto alla loro gloria, solo i loro scritti eran rimasti, quando una costituzione di Teodosio intitolata *legge sulle citazioni* indicò nominatamente ed in modo esclusivo alcuni tra gli antichi giureconsulti, alle opere de'quali essa diè forza di legge, disponendo che, se questi autori fossero di differente avviso, dovesse prevaler la maggioranza, ed in caso di parità, si dovesse stare all'avviso di Papiniano; che se poi Papiniano non avesse manifestato il suo parere, allora il giudice fosse libero di decidere da se (3). Noi abbiam riportato il testo di questa costituzione (*Hist. du droit.* n. 93). Per tal modo i responsi de' prudenti autorizzati, per vigore de' rescritti di Adriano, e principalmente della costituzione di Teodosio potevano, nei casi determinati da queste costituzioni, annoverarsi tra le leggi scritte, fino a che Giustiniano non li ebbe riuniti ed incorporati nel suo corpo di diritto.

Alla novità introdotta da Augusto fa allusione questo passo del nostro testo. *Quibus a Cesare jus respondendi datum est*; alle costituzioni di Adriano, e di Teodosio si riferisce quest' altro: *Judici recedere a responso eorum non liceret, ut est constitutum*. Teofilo all'occasione delle parole *sententiae et opiniones* fa notare la differenza che passa tra questi due vocaboli: *sententiae*, decisioni ferme e non dubitative; *opiniones*, avvisi meno sicuri e più arrischiati.

Del rimanente non si dee perder di vista che sotto Giustiniano, di tutti i fonti del diritto, di che fin ora abbiam discorso, altro più non rimane se non la volontà del principe, che sola fa legge; e se tuttora si dice, che il diritto scritto si compone di leggi, plebisciti, senato-consulti, costituzioni imperiali, editti de' pretori, e responsi de' prudenti, ciò avviene perchè questi atti altra volta renduti, e per l' opere di Giustiniano conservati o modificati, formano con la loro raccolta il corpo di diritto di questo Imperadore.

IX. *Ex non scripto jus venit*, quod usus comprobavit. *Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.*

9. Il diritto non scritto è quello *che l' uso ha convalidato*, perchè i costumi lungamente ripetuti, ed approvati dal consenso di quei che li osservano, sono somiglianti alla legge.

Quod usus comprobavit. Se il popolo ha il diritto di farsi delle leggi, dichiarando la sua volontà per iscritto, dee aver pure questo medesimo diritto, quando per lunga consuetudine tacitamente dichiara la sua volontà. Ed in fatti che importa se il legislatore si esprima con parole, ovvero con fatti? *Quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis, et factis* (4)? E però un uso da lungo tempo stabilito dee far legge, e questo è quel che dicesi *jus moribus constitutum*. Qual'è il tempo richiesto, perchè un uso acquisti forza di legge? Ciò non è punto determinato; ma bisogna che il tempo sia abbastanza lungo, per provare che una cosa non sia stata accidentalmente osservata, ma sia passato in costume.

X. *Et non ineleganter in duas species jus civile distributum esse videtur; nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Atheniensium scilicet, et Lacedaemoniorum fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat ut Lacedaemonii quidem magis ea, que pro legibus servarent memoriae mandarent, Athenienses vero quae in legibus scripta comprehendissent, custodirent.*

10. E non pare che mal' a proposito siasi il diritto civile diviso in due specie; perocchè la sua

(1) *Dig. 1, 2, 2, § 47.*
(2) *Gaius Comm. 1, § 7.*
(3) *Cod. Theod. de responsis prudentum.*
(4) *D. 1, 3, 32. §. 1, fr. Julian.*

origine pare esser venuta dalle istituzioni di due città, Atene, e Sparta: ora in queste due città l'uso era cosiffatto, che gli Spartani mandavano a memoria quello, che si osservava come legge, e gli Ateniesi obbedivano a quello ch' essi trovavano scritto.

Checchè sia degli Ateniesi, e de' Lacedemoni, certamente la ragione, per la quale il diritto de' romani si divide in diritto scritto, e non scritto, non è perchè gli Ateniesi scrivevano le loro leggi, e i Lacedemoni le affidavano alla sola memoria. La ragione di siffatta divisione sta nella natura delle cose; perocchè è ben naturale, che gli uomini non preveggano, e non scrivano incontanente tutte le leggi, che loro son necessarie, e che in tal caso l' uso ed i costumi suppliscano a ciò che manca nel diritto scritto. Per ciò avviene che nell' infanzia di un popolo poche sono le leggi scritte, molte quelle di consuetudine; e per contrario a misura che un popolo progredisce e si aumenta, cresce il numero delle leggi scritte, e diminuisce quello delle leggi di consuetudine. Così sotto i re il diritto civile de' romani consisteva principalmente in leggi non scritte stabilite dai costumi, dalla consuetudine, e dalla ragione del giudice, di poi fu stabilito e fermato con la legge delle dodici Tavole, e col tempo giunse a tanta moltitudine di leggi, plebisciti, senato-consulti, e costituzioni, quanta se ne vede sotto Giustiniano.

XI. *Sed naturalia quidem jura quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta semper* firma atque immutabilia *permanent. Ea vero quae ipsa sibi quaeque civitas constituit*, saepe mutari solent, *vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.*

11. Le leggi naturali, che presso tutte le nazioni sono egualmente osservate, stabilite dalla divina provvidenza, restano sempre ferme od immutabili, ma le leggi, che ciascuna città si ha imposte, frequentemente si cambiano o pel tacito consenso del popolo, o per altre leggi posteriori.

Immutabilia permanent. Le parole *jura naturalia*, che il testo contiene, non debbono applicarsi ai soli animali, come più sopra si è fatto, ma bisogna estenderle eziandio agli uomini, e così intese, dinotano quella parte del diritto, che proviene necessariamente dalla natura ragionevole degli uomini, e dalle relazioni, che hanno fra loro; infatti questi sono de' diritti naturali rispetto a tutto il genere umano, e sono immutabili, perchè la nostra natura mai non cambia.

Saepe mutari solent. L' autorità, che ha il diritto di fare le leggi, ha pure quello di distruggerle, e però la volontà espressa del legislatore, o l' uso possono egualmente abrogare le leggi: « *Receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur* ». (1)

XII. *Omne autem jus, quo utimur vel* ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. *Et prius de personis videamus; nam parum est jus nosse, si personae, quarum causa constitutum est, ignorentur.*

12. Tutto il nostro diritto appartiene o *alle persone, o alle cose, o alle azioni.* Ed in prima trattiamo delle persone, perchè è conoscere poco il diritto, se non si ha notizia delle persone, per le quali esso è stabilito.

Ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Questa è la distribuzione delle materie del diritto, comunemente consacrata nel metodo de' giureconsulti romani, della quale di già abbiam fatto parola nella nostra Esposizione Generale pag. 5: le persone, le cose, e le azioni. « Dovunque vi sono delle persone, dice Teofilo sotto questo paragrafo, vi sono delle cose, e posto che vi son delle cose, è indispensabile di stabilir delle azioni. »

Noi abbiam già dato le nozioni generali sulle persone, sulle cose, e sulle azioni (*Esposizione Generale del diritto romano*, tit. 1, tit. 2, e tit. 3), e sulla connessione che è tra di esse. Sarebbe cosa inutile di ritornarvi sopra.

Le *azioni* formano una branca importante ed originale della legislazione romana, e però noi non ci staremo contenti a trattarne generalmente, spiegando l' ultimo libro delle Instituzioni di Giustiniano, ma avremo cura eziandio di indicare rapidamente fin da principio, e sotto ciascuna materia, le azioni speciali che da essa provengono, e ne formano la sanzione.

TITULUS III.

DE JURE PERSONARUM.

TITOLO III.

DEL DIRITTO INTORNO ALLE PERSONE.

Che cosa bisogna intendere nel linguaggio del diritto per questa parola persona?

(1) *D. 1, 3, 32, §. 1, fr. Juli.*

Essa ha due significazioni. Nella prima, che abbiamo sufficientemente spiegata nella nostra (*Generalizzazione del diritto romano* pag. 5), dinota ogni essere considerato come capace di avere, e di dovere dei diritti. Nella seconda si applica a ciascuna parte, a ciascun personaggio, che l' uomo è chiamato a rappresentare nel diritto. (*Generalizzazione del diritto romano* pag. 6). Quest' ultimo punto richiede ancora delle spiegazioni.

Nelle scienze gli oggetti si considerano in una maniera astratta e generale, salvo a fare nella pratica l' applicazione de' principî, che si sono scoverti. Nella fisica per esempio, se mi è permesso di far questo paragone, non si esamina questo corpo determinato piuttosto che quell' altro della medesima specie, ma sibbene le proprietà comuni, che presentano tutti i corpi della stessa specie; si studia lo stato di solido, di liquido, o di gas, sotto il quale essi si presentano, e si determinano le conseguenze di questi diversi stati. Lo stesso accade nel diritto; non si considera il tal uomo piuttosto che il tal altro, ma sibbene le diverse qualità, e i diversi stati, che gli uomini possono avere, lo stato di padre, di figliuolo, d' uomo libero, di schiavo, coi diritti e le obbligazioni, che ne derivano, salvo a fare, a ciascuno in particolare l'applicazione delle conseguenze, che si son presentate in una maniera astratta. Queste diverse qualità, questi diversi stati costituiscono ciò che dicesi *persona*. Adunque la parola *persona* non dinota degli uomini, degl' individui, ma degli esseri astratti, che sono il risultamento delle diverse condizioni, in cui si trovano gl' individui. Lo stesso uomo può avere più persone, quella di padre, di marito, quella di tutore, ed allora bisogna applicare a lui tutte le obbligazioni, e tutti i diritti annessi a ciascuna di esse.

Ne' costumi e nelle leggi primitive de' romani queste persone prendevano un aspetto al tutto particolare. Il popolo riunito formava una società generale fortemente costituita. In questa società generale ciascuna famiglia formava una società particolare avente il suo capo, e le sue leggi. Benchè il carattere di forza, che animava queste società sia scomparso sotto gl' Imperadori di Costantinopoli, benchè le molle energiche, che le faceano muovere, si siano indebolite, pure qualche traccia ancor ne rimane. Ciascuno ha nella società generale un posto, uno stato, che gli dà de' diritti e gl' impone delle obbligazioni; ciascuno inoltre ha nella sua famiglia, nella società particolare, di cui è membro, diversi posti, che danno origine ad altri diritti, e ad altre obbligazioni. Le instituzioni considerano le persone da prima nella società, e di poi nella famiglia.

Sotto il primo riguardo le persone son divise in *liberi* o *schiavi*; — *ingenui* o *libertini*. — Noi vi aggiungeremo quest' altra importante considerazione: *cittadini*, o *stranieri* (1).

LIBERI O SCHIAVI (*liberi servi*, *mancipia*).

Summa itaque divisio de jure personarum, haec est, quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi.

Tutti gli uomini sono liberi, o schiavi; questa è la divisione principale, che risulta dal diritto intorno alle persone.

Questa divisione è comune ai diversi popoli antichi. Vi è stato bisogno del progresso della civiltà umana, per farla dileguare, e neppure oggidì è interamente sparita. Gli schiavi formavano a Roma una classe avvilita, ma utilissima. I loro padroni gli impiegavano nella coltura delle terre, nei lavori domestici della casa; nel commercio come merciaiuoli, mercanti; nella navigazione come marinai o capitani delle navi; nelle arti meccaniche come artefici; perocchè un cittadino libero si sarebbe recato a vergogna di esercitare queste ultime professioni. Quantunque i Greci di Costantinopoli, e di Giustiniano non avessero più alcuna idea di questa fierezza repubblicana, pure gli schiavi come servitori, e come oggetti di commercio non avean perduto la loro utilità.

I. *Et libertas quidem (ex qua etiam liberi vocantur) est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi quod vi, aut iure prohibetur.*

1. La libertà (onde vien la denominazione di liberi) è la facoltà naturale a ciascuno di fare ciò che gli piace, salvo che la forza, o la legge non vi si opponga.

Due ostacoli possono opporsi alla volontà dell' uomo libero: la forza e la legge.

---

(1) V. nella nostra *Generalizzazione del diritto romano* (tit. 1, n. 4 a 34), un' esposizione metodica, e più compiuta delle diverse considerazioni, e distinzioni a farsi sulle persone.

Ma vi ha questa differenza, che la legge è un ostacolo morale, che l'uomo da sè stesso si ha imposto nel suo stato sociale, al quale si dee sempre sottomettere, e che restringe realmente la sua libertà naturale; mentre la forza è un ostacolo fisico, che si può riuscire a vincere, e contro del quale si può ancora alcune volte invocare il soccorso della legge. Così, se volendo entrare in mia casa, trovo qualcuno, che vi si è stabilito, e con violenza mi respinge, io mi rivolgo alla giustizia, essa viene in mio aiuto, perchè deve difendermi contro una forza ingiusta, e mi fa reintegrare nella mia proprietà.

II. *Servitus autem est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.*

2. La servitù è una istituzione del diritto delle genti, per la quale alcuno, contra natura, è sottoposto al dominio di un altro.

La schiavitù era di diritto delle genti; non già di diritto naturale, perchè gli uomini non nascono, e non sono organizzati per essere proprietà l' uno dell' altro: la schiavitù è contraria alla loro natura, ed i giureconsulti romani al tempo che il diritto fece intera alleanza con la filosofia, non dubitarono di proclamar questa verità, come quì lo vediamo dal paragrafo delle instituzioni, estratto da un frammento di Fiorentino (1). Ma la schiavitù proveniva dai costumi, e dagli usi generali delle principali nazioni di quel tempo, ed avea specialmente questo carattere particolare alle istituzioni del diritto delle genti, che era applicabile a tutti gli uomini; infatti gli stranieri potevano essere schiavi a Roma, ed i romani schiavi presso gli stranieri. Bisogna comprender bene la forza di quelle parole *dominio alieno subjicitur*; *dominium* significa in diritto non solamente potere, potestà, ma proprietà. Lo schiavo cade in proprietà del suo padrone, e diviene una *cosa* rispetto a lui. Non pertanto noi vedremo che gli schiavi potevano fare taluni atti, che la legge loro permetteva; ma in questi atti rappresentavano i loro padroni, e d' altra parte vi era sempre questa differenza tra essi, e gli uomini liberi: che l' uomo libero avea il diritto di far tutto, salvo ciò che la legge gli vietava; lo schiavo niente, salvo ciò che la legge gli permetteva.

III. *Servi (autem) ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere jubent, ac per hoc servare nec occidere solent: qui etiam mancipia dicti sunt eo quod ab hostibus manu capiuntur.*

3. Gli schiavi son detti servi, perchè i generali hanno in uso far vendere i prigionieri, e per tal modo conservarli in luogo di ucciderli. Son detti altresì *mancipia*, perchè son presi con le mani da mezzo ai nemici.

Quì s'indica la guerra come l'origine della schiavitù, e si cerca giustificarla. Si ha, dicesi, il diritto di uccidere il nemico vinto; non può dunque il vincitore conservarlo per sè, e sospendere quella morte, che gli potea dare incontanente? Questo ragionamento pecca nella sua base. Non vi ha dubbio che la legittima difesa è naturale, essa può dare il diritto d'uccidere il nemico, allorchè combatte, ma vinto ch'egli sia, cessa l'attacco, dee cessar la difesa; e però se si uccide, si conculca ogni specie di diritto.

Checchè ne sia, l'uso di menare in ischiavitù i soldati fatti prigionieri fu sempre in voga appo i romani. Egli è curioso il veder nella storia la progressiva gradazione, con la quale si fè uso di cosiffatto diritto. I primi fondatori dello stato, poco numerosi, ed ignari ancora del lusso, aveano bisogno di acquistar cittadini piuttosto che schiavi. E però li vediamo dopo una vittoria distruggere la città espugnata, menarne via con essoloro gli abitanti, ed investirli dei diritti di cittadinanza. In questa guisa i popoli del Lazio, i Sabini, gli abitanti d'Alba furono assorbiti da Roma nascente, e questa città contò ben presto più di cinquanta mila cittadini. Dopo un tale accrescimento il titolo di cittadino divenne prezioso. I bisogni sociali cominciavano a crescere, le arti meccaniche si moltiplicavano, e da ciò seguiva la necessità di crescere il numero degli schiavi, i quali solamente le esercitavano: e però nelle guerre contro gli abitanti più lontani dell'Italia, i soldati nemici furono in parte menati a Roma in ischiavitù. Quando le armi si estesero al di fuori, il numero degli schiavi si venne sempre più aumentando. Gli storici riferiscono, che Fabio Cunctatore ne mandò trenta mila dalla sola città di Taranto, e Paolo Emilio centocinquantamila dall'Epiro. Si fè anche di peggio, negli ultimi tempi della repubblica, sotto Mario, Silla, Pompeo, Cesare ed Ottavio. Di poi il loro numero andò scemando con

(1) *Dig. 1, 5, 4, §, 1, fr. Florentin.*

le vittorie. Al tempo di Giustiniano si faceano gli schiavi nelle guerre, che questo principe ebbe a sostenere contro i Persiani, gli Africani, i Vandali, i Goti, ed altre nazioni che si diceano barbare.

IV. *Servi autem aut nascuntur, aut fiunt. Nascuntur* ex ancillis nostris, *fiunt aut iure gentium idest* ex captivitate; *aut* jure civili, *cum liber homo maior viginti annis ad pretium participandum sese venundari passus est.*

4. Gli schiavi poi o nascono, o divengono tali. Nascono *dalle nostre schiave*; divengono tali o secondo il diritto delle genti per *la cattività*, o secondo il *diritto civile*, quando un uomo libero maggiore di venti anni s'è lasciato vendere per aver parte del prezzo.

Gli schiavi son tali pel diritto delle genti, per la nascita, o pel diritto civile.

1.° Pel diritto delle genti (*ex captivitate*). La guerra e gli usi comuni de' popoli di quell'epoca sono, come abbiamo detto, la prima origine della schiavitù. Non solamente il nemico fatto prigione da' romani diveniva schiavo, ma lo stesso romano venuto in potere del nemico perdeva a Roma tutti i suoi diritti di cittadino, e d'uomo libero. Questa fu la ragione, per cui Regolo condotto dagli ambasciadori Cartaginesi ricusò di prender posto nel senato, dicendo ch'egli non era più altro che uno schiavo. Sotto una cosiffatta istituzione, si vede bene che ciascun soldato non si batteva solamente pel suo paese, ma pei suoi beni, pei suoi diritti, per la sua libertà. Se il soldato prigioniero presso il nemico riusciva a ritornare a Roma, riacquistava tutti i suoi diritti, e per una condizione risolutiva, che diceasi diritto di postliminio (*jus postliminii*), il tempo della schiavitù era cancellato dalla sua vita; in somma era reintegrato nel suo primiero stato, come se non avesse mai cessato di esser libero. Da ciò avveniva che quanto interesse avea il prigione di rompere i suoi ceppi, altrettanto ne avea il soldato di difendersi per evitarli.

2.° Per la nascita (*ex ancillis nostris*). Stabiliti una volta i primi schiavi, quel principio, che il figliuolo nato fuori delle giuste nozze segue la condizione della madre, rendea schiavi tutt' i figliuoli di una donna schiava. Essi appartenevano al padrone della loro madre, e si chiamavano per rispetto a lui *vernae* (sing. *verna*, schiavo nato in casa del padrone).

3.° Pel diritto civile. Per verità niuna convenzione, niuna prescrizione poteva mai rendere schiavo un uomo libero. Se un fanciullo fin dalla sua infanzia fosse stato rubato a' suoi parenti, e venduto siccome schiavo, se avesse durato più di trenta o quarant'anni in questo stato, ciò non montava; perocchè la libertà è inalienabile, ed imprescrittibile (1). Egli dal momento che avesse riconosciuto i suoi diritti, avrebbe potuto reclamare la libertà (*ad libertatem proclamare*) (2). Non per tanto in alcuni casi la legge civile dava in pena la schiavitù ad un cittadino. Noi qui non parleremo delle varie specie di servitù, che una volta colpivano colui, che s'era sottratto alla iscrizione sul censo (*Hist. du droit*. n. 12) (3), il ladro manifesto (*ivi* n. 98) (4), il debitore, che non potea pagare il suo creditore (*ivi* e n. 27) (5); da gran tempo cotali istituzioni erano scomparse. Il commercio illecito di una donna libera con uno schiavo, la condanna alle mine (*in metallum*), erano due cagioni di vera schiavitù. Giustiniano nelle Istituzioni soppresse la prima, abrogando la disposizione del Senato-consulto Claudiano, che l' avea creata (6) e conservò la seconda (7), ma in seguito l'annullò con una Novella (8).

Le due cause di servitù, che rimasero sono l'ingratitudine di un servo fatto libero, verso il suo padrone, e la frode di colui, che facevasi vendere per partecipare del prezzo. Facciamoci a spiegare la seconda, della quale le Istituzioni qui fanno parola. Sembra che alcuni miserabili avean fatto un mezzo di frode di questa massima, che la libertà è inalienabile. Una persona conveniva con un'altra di passare per suo schiavo, di farsi vender come tale, e quando il preteso venditore era scomparso col prezzo, il venduto, reclamando la sua libertà, poteva raggiungere il suo complice, e dividere con lui il frutto della loro furberia, mentre il compratore perdeva il danaro, che avea sborsato, e lo schiavo, che avea creduto comperare. Per evitare siffatta frode una legge, forse il Senato-consulto Claudiano (9) negò a colui, che s' era lasciato vendere, il diritto di rivendicare la sua libertà; essa lo dichiarò schiavo non

(1) Bisogna ricordarsi l' eccezione che abbiamo accennata a riguardo de' coloni. *Hist. du droit.* n. 88.
(2) *D. 40. 12 — Cod. 7, 16.*
(3) *Cic. pro Caecina c. 34.*
(4) Leggi delle Dodici Tavole (Aulo Gellio).
(5) *Leg. delle XII. Tav.*
(6) *Inst. 3, 12, 1.* (7) *Ivi 1, 16, 1.*
(8) *Nov. 22, c. 8.*
(9) *Dig. 40, 13, 5, f. Paul.*

già, come dicesi, per punirlo d' aver dispregiata la libertà, ma sibbene per punirlo della sua frode, e per impedire che il compratore non ne fosse la vittima. E ne fan pruova le disposizioni che quì ci facciamo a riferire.

Bisognava 1.° che quegli, il quale s' era lasciato vendere, fosse maggiore di venti anni al momento della vendita, o pure all'epoca in cui divideva col suo complice il prezzo del loro dolo: perocchè fino a quel tempo la sua età era troppo giovanile per colpirlo d'una pena così severa (1); 2. che conoscesse bene la sua qualità di uomo libero, e che la sua intenzione fosse di dividere il prezzo; perocchè senza queste condizioni non vi sarebbe stata frode da sua parte (2), 3.° che il prezzo fosse stato dal compratore realmente sborsato al venditore; perocchè se il compratore non avesse pagato nulla, egli non ne avrebbe risentito alcun pregiudizio (3); 4.° che il compratore avesse ignorata la qualità di libero di chi eragli venduto; perocchè se ne avea notizia, non poteva dolersi di essere stato ingannato, e dovea recarne in colpa se medesimo.

V. *In servorum conditione nulla est differentia; in liberis autem multae, aut enim sunt ingenui, aut libertini.*

5. Nella condizione degli schiavi non vi è alcuna differenza; ma tra i liberi ve ne son parecchie, perocchè o sono ingenui, o libertini.

Gli schiavi, propriamente parlando, non avean persona nella società generale (4), ed eran considerati come non esistenti nell'ordine civile: « *Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur. Servitutem mortalitati fere comparamus* » (5), o per lo meno esistevano solo come la cosa del loro padrone. Essendo incapaci di esercitare alcun pubblico uffizio non potevano essere nè giudici, nè arbitri, nè testimoni in un testamento; potevano per verità esser chiamati a testimoni in un affare criminale o civile, ma sol quando non aveasi altro mezzo da scovrire la verità (6); non pertanto uno schiavo poteva possedere un peculio, amministrarlo, essere istituito erede, ricevere un legato, una donazione, dirigere un commercio, un naviglio; ma in tutti questi casi lo schiavo non era che un mezzo, uno strumento, la rappresentazione del suo padrone: è la persona del padrone, dice Teofilo, che viene rappresentata dallo schiavo.

Secondo il nostro testo non può esservi differenza tra gli schiavi: in fatti, aggiunge Teofilo, non si può essere più, o meno schiavo. Tra individui, che non hanno affatto alcun diritto, l'uno non può aver più diritto che l'altro. Nondimeno non si debbono confondere con gli schiavi propriamente detti (*servi mancipia*), i coloni tributarî (*coloni censiti, adscriptitii*, o *tributarii*), ed i coloni liberi (*inquilini*, *coloni liberi*) specie di servi introdotta sotto gl' Imperadori, che teneva il mezzo tra la libertà, e la schiavitù (*Hist. du droit.* n. 88). Si debbono altresì distinguere gli schiavi della pena (*servi poenae*), condannati alle bestie, o alle miniere, e che non hanno, per così dire, altro padrone che il supplizio: Giustiniano abolì questa servitù; in fine gli schiavi appartenenti al popolo, o ad una municipalità (*servi populi romani*, *reipublicae*). Tra gli schiavi appartenenti ai privati, vi erano alcune differenze di fatto, secondo i lavori, ne' quali erano adoperati. Taluno era il precettore dei figliuoli del suo padrone (*pedagogus*, *educator*); altri il sopraintendente (*actor*), incaricato di distribuire il lavoro agli altri schiavi (*dispensator*); alcuno era destinato a rappresentare la commedia (*comoedus*); altri sottoposto ai lavori più rozzi, incatenato (*compeditus*). Vi erano ancora degli schiavi dati dal loro padrone ad un altro schiavo, al quale erano obbligati di servire, come se a lui appartenessero. Questi schiavi eran detti vicarî (*servi vicarii*); gli altri, ordinarî (*servi ordinarii*). Ma tutte siffatte differenze dipendevano dalla volontà del padrone, che potea farle nascere, e cessare a suo talento.

CITTADINI, O STRANIERI (*cives, peregrini, barbari*).

Il titolo di cittadino avea anticamente un valore inestimabile tanto pe' diritti politici, quanto pei civili. Abbiam veduto che esso era da prima riservato ai soli abitanti di Roma, e del suo territorio (*Hist. du droit.* p. 51), di poi fu conceduto ad alcune città alleate del Lazio (*ivi* p. 159), conquistato nella guerra sociale da tutta l'Italia (*ivi* num. 54), esteso a molte provin-

(1) *D. 40, 12, 7, § 1, f. Ulp.—40, 13, 1, § 1.*
(2) *D. 40, 12, 7, prin.*
(3) *D. 50, 13, 1, prin.*
(4) *Theoph. Inst. 3, 17, prin.*
(5) *D. 50, 17. L. 32, e 209. f. Ulp.*
(6) *Dig. 22, 5, 7, f. Mod.*

ce, ed infine dato da Caracalla a tutti i suoi sudditi (dopo l'anno 965 di R., 212 di G. C.) (*ivi* p. 296).

Prima di quest' ultima epoca accuratamente si esaminava in qual caso un individuo nascesse cittadino o *peregrinus*. Gaio, il quale precedette Caracalla di alcuni anni, consacra a questa quistione più di una pagina delle Istituzioni (1).

Ecco due regole generali, che qui si applicavano, e che noi eziandio avremo bisogno di applicare in alcuni casi. 1.° Il figliuolo nato da legittimo matrimonio contratto tra persone aventi il diritto di congiugnersi (*connubium*), segue la condizione del padre; il figliuolo nato fuori matrimonio, o da persone non aventi tra loro il *connubium*, segue la condizione della madre: « *Connubio interveniente liberi semper patrem sequuntur; non interveniente connubio, matris conditioni accedunt* » (2). 2.° Quando il figliuolo segue la condizione del padre bisogna riguardar questa condizione al momento del concepimento; quando segue la condizione della madre, al momento della nascita: « *In his, qui jure contracto matrimonio nascuntur conceptionis tempus spectatur, in his autem, qui non legitimo concipiuntur, editionis* » (3). Queste due regole discendono da' più semplici principî; la seconda è richiesta dalla natura stessa delle cose. Se il figliuolo riceve la sua condizione dal padre, egli la riceve al momento del concepimento, perchè una volta conceputo è indipendente dal padre; se costui s' infermi, o anche muoia, il figliuolo ciò non ostante continua a svilupparsi ed a vivere; allo stesso modo, quantunque il padre sia fatto schiavo, o perda i diritti di cittadino, il figliuolo nascerà libero, e cittadino. Per contrario se il figliuolo dee prender la condizione della madre, la riceve solo al momento della nascita. Durante tutto il tempo della gravidanza egli segue tutti i cambiamenti della madre, della quale è parte; se ella soffre, se ella muore, per l' ordinario si muore anch' egli, se ella diviene schiava o perde i diritti di cittadinanza, egli nasce schiavo o *peregrinus*.

Da queste due regole converrebbe conchiudere, che quando il figliuolo nasceva fuori di legittimo matrimonio da una cittadina e da un *peregrinus* nasceva cittadino; ma la legge *Mensia de natis ex alterutro peregrino*, pubblicata sotto Augusto, decideva che in tutti i casi in cui o il padre, o la madre fosse straniera, sarebbe anche straniero il figliuolo: « *Lex Mensia ex alterutro peregrino natum deterioris parentis conditionem sequi jubet* » (4). Adunque secondo questa legge, perchè il figliuolo nascesse cittadino, si richiedeva che il padre e la madre fossero entrambi cittadini.

Sotto Giustiniano era ancora in voga il diritto stabilito da Caracalla (5); non si distinguevano più da' cittadini se non i popoli realmente stranieri, i quali addimandavansi barbari, come i Persi, i Vandali, i Goti, i Lombardi, i Franchi. I diritti dei cittadini nell' ordine politico s' eran ridotti pressochè a nulla; nell' ordine privato essi godevano del diritto civile, e gli stranieri solamente del diritto delle genti.

INGENUI, E LIBERTINI (*ingenui; libertini, liberti*).

È impossibile studiare la storia de' romani, e leggere le opere tramandateci da' loro autori, senza scorgere quanta differenza vi era fra gl' ingenui ed i libertini. Siffatta differenza avea degl' importanti risultamenti e nei costumi, e nelle leggi: anche il nostro testo ne fa minuto e particolare esame.

TITULUS IV.

DE INGENUIS.

Ingenuus est qui statim ut nascitur liber est: *sive ex duobus ingenuis matrimonio editus, sive ex libertinis duobus, sive ex altero libertino, et altero ingenuo. Sed etsi quis ex matre libera nascatur, patre vero servo, ingenuus nihilhominus nascitur, quemadmodum qui ex matre libera, et incerto patre natus est, quoniam vulgo conceptus est. Sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore, quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et e contrario, si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat placuit eum qui nascitur liberum nasci, quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in ventre est. Ex his illud quaesitum est: Si ancilla praegnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta pepererit, liberum an servum pariat? Et Marcellus probat liberum nasci; sufficit enim ei qui in utero est liberam matrem, vel medio tempore habuisse; quod et verum est.*

(1) *Gaius Comm. 1*, § *67 a 97*.
(2) *Ulp. Reg. 5*, § *8*. — *Gaius 1*. §§. *80. 89*.
(3) *Ulp. Reg. T. 5*, §. *10*. — *Gaius ibid*.
(4) *Ulp. Reg. T. 5*, §. *8*. Secondo l' Haubold, ed Hugo la parola *lex Mensia* non è che una corruzione di *lex Aelia Sentia*. *V. Gaio 1*. §. *80*.
(5) *D. 1. 5. 7. f. Ulp*.

TITOLO IV.

DEGL' INGENUI.

È ingenuo colui che *dall' istante della nascita è libero*, tanto se sia nato dal matrimonio di due ingenui o di due libertini, che da quelle di un libertino ed un ingenuo. Di più il figliuolo di una madre libera e di un padre schiavo nasce ingenuo; come altresì quegli, che è nato di madre libera, e di padre incerto poichè egli è bastardo. Del resto basta che la madre sia libera nel momento della nascita, quantunque sia stata schiava in quello del concepimento. E per contrario se ha conceputo libera, e partorisce schiava, si è ritenuto, che il figliuolo nasca libero, perchè la sventura della madre non deve nuocere al figliuolo, che porta nel seno. Per siffatte cose si è proposta la questione: se una schiava incinta sia manomessa, e di poi ritorni schiava, e partorisca, il figliuolo è libero o schiavo? Marcello pensa che nasca libero: perocchè basta al figliuolo conceputo che sua madre sia stata libera nel tempo tra il concepimento ed il parto; e ciò è vero.

Statim ut nascitur liber est. L' ingenuo dall' istante dalla nascita ha preso un posto tra gli uomini liberi, nella sua famiglia, e nella città; egli non è stato mai sottoposto ad alcun diritto di servitù; e non riconoscendo da alcuno la sua libertà, non è per tal riguardo obbligato ad alcuna soggezione. Ma in qual caso un figliuolo nasce libero, e per conseguenza ingenuo? Applicando le due regole spiegate (pag. 94), converrebbe decidere: 1.° che, se il figliuolo è conceputo in matrimonio, prende la condizione di suo padre al momento del concepimento, e per conseguenza è libero, qualunque sia stata in seguito la sorte del padre; 2.° che se poi non v' è matrimonio, segue la condizione della madre al momento della nascita; se a quest' epoca la madre è libera, il figliuolo è libero, se la madre è schiava, il figliuglo eziandio è schiavo, qualunque sia il padre, o libero o schiavo, e qualunque sia stata la sorte della madre durante la gravidanza. Tale era il diritto rigoroso. Gaio (1) ed Ulpiano lo applicano, come abbiam veduto, al caso in cui si tratta di sapere se un figliuolo nasca straniero, e non dicono, che la cosa vada diversamente per gli schiavi; ma Paolo scrittore contemporaneo di Ulpiano indica una eccezione fatta alla regola generale in favore della libertà: « 1. *Si serva conceperit, et postea manumissa peperit, liberum parit.* 2. *Si libera conceperit, et ancilla facta peperit, liberum parit. Id enim favor libertatis exposcit.* 3. *Si ancilla conceperit, et medio tempore manumissa sit, rursus facta ancilla pepererit, liberum parit. Media enim tempora libertati prodesse, non nocere etiam possunt* » (2). Marciano quasi contemporaneo di Ulpiano dà la stessa decisione (3); in fine la nostra versione delle Instituzioni attribuisce questa opinione a Marcello, che vivea sotto M. Aurelio, al tempo stesso di Gaio (*Hist. du droit* p. 267); così, dopo questi giureconsulti, perchè il figliuolo nascesse libero, bastava che la madre fosse stata libera per un solo momento della gravidanza: questa è la disposizione delle Instituzioni.

1. *Cum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit ei in servitute fuisse, et postea manumissum esse, saepissime enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem.*

1. Chi è nato ingenuo non perde questa qualità per essere stato ridotto in servitù, e di poi manomesso, perocchè spessissimo si è dichiarato, che la manomissione non pregiudica i diritti di nascita.

Da ciò che dicesi in questo paragrafo non si dee conchiudere, che l' ingenuo non possa mai perdere siffatta qualità. L'ingenuo fatto realmente schiavo (*servus*), per esempio, perchè si è lasciato vendere per partecipare del prezzo, perde la sua ingenuità, o se il suo padrone lo libera, egli diventa libertino (4), perchè riconosce la libertà dal suo padrone. Ma l'ingenuo ridotto in ischiavitù (*in servitute*), per esempio, un fanciullo, che dalla sua infanzia fu rapito da' pirati, e venduto come schiavo, non perde mai la sua ingenuità, e se il padrone lo libera, non diviene libertino, perchè egli non deve al suo padrone la libertà, che gli avean rapita di fatto, ma che egli non avea giammai perduta di diritto. La differenza dunque sta in queste espressioni: *in servitute esse, servum esse*, delle quali la prima esprime il fatto, la seconda il diritto. Un uomo ha una donna libera al suo servigio, questa partorisce, e muore lasciando vivo il figliuolo, poco dopo muore il padrone: il suo erede crede che il figliuolo sia schiavo, lo ritiene come tale, ed in seguito gli dà la libertà. Questo figliuolo non diviene libertino, perchè egli era *in servitute* non *servus*. Questo è un esempio dato anche da Teofilo. Da siffatte osserva-

---

(1) *Gaius Comm. 1. § 80.*
(2) *Paul. Sent. T. 24.*
(3) *D. 1. 5. 5. f. Marc.*
(4) *D. 1, 5, 21, f. Modest.*

zioni si può conchiudere che la definizione dell'ingenuo data nel paragrafo precedente, non è interamente esatta: non bastava dire: l'ingenuo è colui che è nato libero, ma bisognava aggiungervi: e che non ha mai cessato di esser tale.

TITULUS V.

DE LIBERTINIS

TITOLO V.

DE' LIBERTINI

Lo schiavo liberato dalla servitù dicevasi libertino (*libertinus* quanto alla indicazione generale del suo stato, e *libertus* per relazione al suo padrone), quegli che lo liberava, *patronus*, protettore, difensore. I costumi e le leggi avean distinto i libertini dagl'ingenui, e ne aveano formata una classe separata. Pe' costumi: la ricordanza della loro schiavitù imprimeva ad essi per sempre una macchia, e li collocava molto al di sotto di coloro, che erano liberti per nascita. Quegli, ch'era stato schiavo, prendeva il nome dal suo padrone, ordinariamente rimaneva in casa di lui, e dopo averlo servito come schiavo, lo serviva eziandio come liberto (1). Egli non avea a schifo di darsi ad alcuni uffici, che un ingenuo avrebbe sdegnato esercitare, come quello di dirigere un commercio, una nave, una bottega; talvolta ei si rendeva utile per le sue cognizioni negli affari, o nella giurisprudenza; spesso diveniva il confidente, il complice del suo padrone; la più parte di quegl'Imperadori, che han lasciato nella storia un nome disonorato, ebbero de' liberti a consiglieri. Narciso ispirò e diresse quasi tutti i delitti di Nerone. Ma nondimeno qualche volta questi schiavi fatti liberi parevano volersi col loro ingegno vendicare degli oltraggi della fortuna. Terenzio era un servo manomesso. Orazio era figliuolo di un libertino; ma essi aveano nel nascere ricevuto quel genio, che ha tramandato fino a noi i loro nomi e le loro opere.

Per le leggi: i libertini nell'ordine politico non poteano aspirare a talune dignità; non aveano il dritto di portar l'anello d'oro (*jus aureorum annulorum*), segno distintivo de' cavalieri, che di poi si rendè comune a tutti gl'ingenui; infine era vietato ai patrizî, di formar parentado con essi. Nell'ordine privato quello, che è più notevole si è che il libertino, entrando tra gli uomini liberi si trovava solo, senza famiglia civile, e ciò dovea necessariamente cambiare a suo riguardo tutte le regole di questa materia, come quelle sulla tutela, sulle successioni. In questa condizione di cose, le leggi di accordo coi costumi gli aveano in certo modo dato per famiglia quella del padrone, che eragli padre (*patronus*) nella libertà, e nella cittadinanza, dal quale prendeva il nome, e verso il quale avea molti doveri da adempiere, il cui complesso formava per costui ciò che dicevasi dritti di padronato (*jura patronatus*).

Ne' primi tempi della repubblica vi avea pochi schiavi, e per conseguenza pochi libertini, ed erano questi grandemente distinti dagl'ingenui; in seguito si moltiplicarono gli schiavi, e con essoloro i libertini; nelle ultime guerre civili si formarono con essi due legioni, cosa contraria al diritto costituzionale. Augusto con parecchie leggi volle reprimere le frequenti manomissioni (*Hist. du droit.* n.° 70); ma la fortuna, ed i costumi dell'impero non rassomigliavano più a quei della repubblica; le cose continuarono il loro corso, e i libertini cittadini si accostarono semprepiù agl'ingenui. Spesso gl' Imperadori concedevano ad alcuno di loro il diritto di rigenerazione (*jus regenerationis*), e per tal modo come rigenerati si annoveravano tra gl'ingenui, ed acquistavano il diritto di portar l'anello d'oro. Finalmente Giustiniano tolse ogni differenza a tal riguardo, concedendo la rigenerazione a tutti i libertini, e non lasciò sussistere altro, che li distinguesse dagl'ingenui, salvo i diritti del *patronus*, e della sua famiglia.

Libertini sunt qui ex justa servitute *manumissi sunt. Manumissio autem est datio libertatis; nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est: manumissus liberatur a potestate. Quae res a jure gentium originem sumpsit: utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita. Sed postquam jure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis; et cum uno communi nomine omnes homines appellarentur, jure gentium tria hominum genera esse coeperunt: liberi, et his contrarium servi, et tertium genus libertini,*qui desierant esse servi.

I libertini sono quelli, che per mezzo della manomissione son liberati da *una giusta servitù*. La manomissione poi è la donazione della libertà; perocchè quanto alcuno è in servitù, tanto è sottoposto alla mano ed alla potestà del padrone, ma per

(1) *Inst.* 2, 5, 2.

la manomissione ne è liberato. Questa istituzione ha origine dal diritto delle genti. In fatti secondo il diritto naturale tutti gli uomini nascevano liberi, e non si conosceva la manomissione, perchè non si conosceva la schiavitù. Ma quando il diritto delle genti ebbe introdotta la schiavitù, ne venne appresso il benefizio della manomissione; e mentre prima gli uomini aveano una sola appellazione a tutti comune, pel diritto delle genti si cominciò a dividerli in tre specie: i liberi, ed i contrari a questi, gli schiavi, e finalmente i libertini *che avevano cessato di essere schiavi*.

Perchè un uomo liberato dalla servitù divenisse libertino, bisognava che la sua servitù fosse stata reale, e di diritto, altrimenti la liberazione dalla servitù non avrebbe pregiudicato alla sua libertà; ecco perchè il testo dice: *ex justa servitute*. Le ultime parole del paragrafo *qui desierant esse servi* contengono la stessa idea; anzi hanno qualche cosa di più generale che non è nella prima definizione, perocchè non vi si legge la parola *manumissi*, liberati per mezzo della manomissione: or vi erano degli schiavi, che poteano esser liberati per un modo diverso dalla manomissione. L'etimologia di *manumissio* è ben naturale: *de manu missio*; le espressioni *manui subesse* presso i romani cosacrate per significare di essere sotto la potestà; lo schiavo è *sub manu domini*: ecco perchè l'atto, che lo libera da siffatta potestà, da siffatta mano, che pesa su di lui, dicesi *manumissio*. Non pertanto vedremo, che la parola *manus*, la quale qui è presa in un senso generale era anticamente consacrata per significare specialmente la potestà del marito sulla moglie.

I. ***Multis autem modis manumissio procedit: aut enim ex sacris constitutionibus in sacrosanctis ecclesiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per testamentum, aut per aliam quamlibet ultimam voluntatem, sed et aliis multis modis libertas servo competere potest, qui tam ex veteribus, quam ex nostris constitutionibus introducti sunt.***

1. La manomissione si fa in molti modi: nelle Chiese, secondo le costituzioni imperiali, per la *vindicta*, tra gli amici, per testamento, o per qualunque altro atto di ultima volontà. Vi sono inoltre, per acquistare la libertà, molti altri modi, che furono introdotti tanto dalle antiche costituzioni quanto dalle nostre.

La manomissione era un atto, che non riguardava il solo privato interesse. Per ben comprendere il suo vero carattere, bisogna por mente, che essa avea per suo scopo naturale il liberare lo schiavo, e dopo averlo renduto libero, farlo entrare nella società rivestito di tutti i diritti, tra i quali v'erano eziandio i diritti di cittadino. E però tre parti erano interessate: il padrone, che perdeva la sua potestà, lo schiavo, che mutava di condizione, e la città, che lo riceveа nel suo seno come uno de'suoi membri. Dunque queste tre parti doveano intervenire nell'atto. Laonde la sola volontà del padrone non era sufficiente per dare la libertà; la città sempre v'interveniva, rappresentata dal censore, quando si dava la libertà per mezzo del censo; dal popolo stesso riunito ne' comizi, nelle manomissioni per testamento; dal magistrato nella manomissione per *vindictam*.

Ogni manomissione fatta dal proprietario solo era un semplice atto privato; non pertanto spesso vediamo, che i padroni liberavano lo schiavo o facendolo seder con loro a mensa, in segno di libertà, o dichiarando la loro intenzione in presenza di amici, ma questo era un affare particolare tra lo schiavo ed il padrone, mediante il quale, questi prometteva di non esercitare la sua potestà: lo schiavo non diveniva libero, nè cittadino, perchè la città non era intervenuta alla sua liberazione, ed il padrone poteva, quando gli piacesse, riprendere quella potestà che avea promesso di non più esercitare; perocchè niuno si può obbligare verso il suo schiavo; ma per verità i pretori vi si opponevano. Di poi una legge Giunia sanzionò questa giurisdizione pretoria, e volle che siffatti schiavi rimanessero per sempre liberi, ma non già cittadini (1). Finalmente Giustiniano, sotto il quale il titolo di cittadino non avea più il pregio, che una volta avea avuto in Roma, tolse ogni differenza tra questi diversi modi di dare la libertà, e così gli schiavi poterono, senza il concorso della città, e per la sola volontà del padrone, ricevere non solamente la libertà, ma anche i diritti di cittadinanza.

Da queste cose si può agevolmente con-

(1) Tutto ciò che abbiam detto, si deduce come necessaria conseguenza dalle diverse manomissioni, e dalla natura di quest'atto. Ecco a questo proposito un passo di un antico giureconsulto romano, il quale conferma ciò che abbiam asserito. «*Primum ergo videamus quale est quod dicitur eos, qui inter amicos apud veteres manumittebantur, non esse liberos, sed domini voluntate in libertate morari, et tantum serviendi metu liberari. Antea enim una libertas erat; et libertas fiebat vel ex vindicta, vel ex testamento, vel in censu; et civitas romana competit manumissis; quae appellatur legitima libertas. Hi autem qui domini voluntate, in libertate erant, manebant servi, et manomissores audebant eos iterum per vim in servitutem ducere: sed interveniebat praetor, et non permittebat manumissum servire, etc.*». (Veteris jurecons. fragm. De manum § 6).

chiudere che i modi di manomissione si dividono in modi, ne'quali interviene la pubblica autorità, e modi, ne' quali essa non interviene (ovvero in modi pubblici, e privati); che siffatta divisione è importante nella primitiva giurisprudenza; perocchè le manumissioni con l' intervenuto della pubblica autorità erano le sole, che anticamente potessero aver luogo, le sole che producessero degli effetti sanzionati dal diritto; e dopo la legge *Giunia*, perchè solo le pubbliche manomissioni rendevano cittadino, le altre conferivano semplicemente l'esercizio irrevocabile della libertà; che in fine sotto Giustiniano cessa quest' importanza, perchè tutti i modi producono i medesimi effetti.

Modi pubblici di manomissioni.

Manomissione pel (*censu*). Quando il censore faceva il censo, o la numerazione de' cittadini, si presentavano innanzi a lui lo schiavo, che si volea liberare, ed il padrone, che rinunziava alla sua potestà, ed allora quel magistrato in virtù de' poteri, che gli erano confidati, iscriveva lo schiavo ne' registri del censo tra i cittadini Romani; formalità semplice, naturale, la quale non era altro che un cominciamento d'esecuzione degli effetti, che la manomissione dovea produrre. Questo è il primo modo di manomissione, del quale si è conservata la memoria; esso ebbe origine poco dopo il regno di Servio (*Hist. du droit.* n. 12). Sotto l'impero, l'istituzione del censo andò in disuso. Per lo spazio di circa dugento anni da Vespasiano fino a Decio, (dall'827 di R. al 1002) non si fece alcun censo, ed in questo mezzo i giureconsulti parlano della manomissione pel censo, gli uni come di cosa ancora esistente (1) perchè non abolita di diritto; gli altri come di cosa non più esistente, perchè andata in disuso (2). L'Imperadore Decio (1002 di R. 249 di G.C.) fece fare un censo che fu l'ultimo.

Manomissione per la *vinditta* (*vindicta*). La manomissione, della quale abbiam fatto parola, non poteva aver luogo che ogni cinque anni, e però non poteva esser sufficiente. Pertanto qual mezzo si poteva trovare per rendere libero, e cittadino uno schiavo senza l'allibramento del censo? Un' azione simbolica, e perfettamente conforme al genio de'primi romani ne fornì il mezzo. Quando un uomo libero trovavasi ingiustamente in servitù, qualunque cittadino, nell' interesse di lui si presentava al console, che rendea la giustizia, e reclamava la libertà per lui (*in libertatem vindicabat*) (3). Allora avea luogo il giudizio, che fu detto *causa liberalis*, in esito del quale si pronunziava la sentenza, che lo dichiarava libero (4). Una finta rappresentazione di siffatto procedimento condusse alla manomissione. Il padrone, e lo schiavo si presentavano al console, quivi con alcune formalità a noi non ben note, un amico, o il littore facendo la parte di attore (*adsertor libertatis*) fingeva di reclamare la libertà, come appartenente a quell'uomo; il padrone non contradiceva, ed il magistrsto rendendo una specie di decisione lo dichiarava libero secondo il diritto de' romani. Per questa guisa si giungeva allo scopo che si volea conseguire. Tra le formalità figurava una verga (*festuca*, *vindicta*) in luogo dell'asta, che presso i romani, popolo guerriero e conquistatore, era un simbolo di proprietà, e si adoperava in tutti i procedimenti, ne' quali si tratta di revindicazione. « *Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam justi dominii; maxime enim sua esse credebant quae ex hostibus cepissent* » (5). Questa verga, od asta si poneva sul capo dello schiavo, quando si reclamava la sua libertà; ed ecco perchè la manomissione fatta in questo modo appellavasi *vindicta manumissio*. I magistrati, innanzi ai quali quest'atto si celebrava, da prima furono i pretori, quando fu creata la loro giurisdizione; e di poi i proconsoli, e i diversi presidenti delle province.

Quest'opinione sulla manomissione per la *vinditta* ancor contrastata al tempo, in cui fu emessa nella prima edizione di quest'opera, è al presente divenuta volgare ed incontrastabile. La manomissione, di cui ora facciam parola, non era che una particolare applicazione dell'*in jure cessio* (6);

(1) *Gaius 1, 17.*
(2) *Ulpian. T. 1, § 8, frag.* si esprime così: « *censu manumittebantur olim qui lustrali censu Romae, jussu dominorum inter cives romanos censum profitebantur* ».
(3) L'attore si chiamava *adsertor libertatis.*
(4) *Dig. 40, 12.* De liberali causa.
(5) *Gaius 4, § 16, in fin.*
(6) Non bisogna dar fede alle diverse descrizioni ipotetiche, e sovente contraditorie della manomissione per la *vindicta*. Il littore, secondo gli uni, il padrone, secondo gli altri, tenendo lo schiavo, per meglio indicarlo al magistrato, dichiarava la sua intenzione: *hunc hominem liberum esse volo*, e dopo avergli dato una guanciata, come ultimo atto della sua potestà, lo respingeva facendolo girare intorno, e dicendogli: *abito quo voles*. Allora il pretore faceva toccare con una verga *vin-*

circa ai particolari delle formalità, e delle parole adoperate, qualunque esse si fossero, caddero in disuso sotto gl' imperadori. Un frammento di Ermogeniano ci fa intendere, che la manomissione si faceva al suo tempo, senza che il padrone parlasse; le parole solenni si supponevano pronunciate (1); non era necessario che il magistrato fosse nel suo tribunale; egli potea dar la libertà in qualsiasi luogo. Ulpiano dice ancora aver veduto far la manomissione dal pretore mentre era in campagna, e senza la presenza de' littori (2).

Manomissione per testamento (*testamento*). Da prima il testamento non potea farsi che ne' comizî del popolo, il quale dovea ratificare la volontà del testatore, come se si trattasse di ratificare un progetto di legge. Era ben naturale che si potesse dar la libertà per questo modo, giacchè il popolo stesso vi concorreva. Lo schiavo, non altrimenti che qualunque altro legatario, non v'interveniva, perchè il testamento si fa pel momento della morte del testatore, e fino a quel punto non produce alcun effetto. In seguito le formalità divennero meno rigorose: in luogo dell' intervento del popolo bastò quello di un certo numero di testimoni, ma le manomissioni non cessarono di farsi in tale atto. Per questo modo la libertà si dava o direttamente o per fedecommesso. Direttamente, quando il testatore, senza adoperare alcuna persona intermedia dichiarava la sua volontà: « *Servus meus Cratinus liber esto*; *liber sit*; *Cratinum liberum esse jubeo* »; per *fedecommesso*, quando il padrone si valeva di una persona intermedia, cui pregava di render libero lo schiavo: « *Heres meus*, *rogo te ut Saccum, vicini mei servum manumittas*; *fidei committo heredis mei*, *ut iste eum servum manumittat* » (3). Grandi erano le differenze tra questi due modi. La libertà diretta non potea darsi dal testatore che al suo schiavo (4); la libertà fedecommessaria anche allo schiavo altrui (5); l' erede era incaricato di comprarlo, e di manometterlo: lo schiavo manomesso direttamente era libero di pieno diritto, dal momento che eravi un erede (6), lo schiavo manomesso per fedecommesso non diveniva libero, che quando l'erede, o la persona incaricata del fedecommesso gli dava la libertà; il primo era liberto del defunto e chiamavasi *libertus orcinus*, perchè il suo *patronus* era tra i morti (*ad orca*); la famiglia di costui era, secondo il diritto ordinario investita della parte de' diritti di *padronato*, che a lui doveano appartenere (7); il secondo avea per *patronus* quello che era stato incaricato di liberarlo (8). Si poteva ancora per testamento dar la libertà sotto condizione, o a partire da un dato termine (*sub conditione*, *a die*), ma non già fino ad un certo termine (*ad diem*) (9). Se si fosse data la libertà allo schiavo in questo modo: Panfilo sia libero per dieci anni, egli sarebbe divenuto libero per sempre, e la ragione è, che la qualità di uomo libero, e di cittadino non può acquistarsi per un momento, e perdersi senza una ragione posteriore.

Manomissione nelle chiese (*in sacrosan-*

---

dicta il capo dello schiavo, e lo dichiarava libero: *Aio te liberum, more Quiritium*. Oggidì con le nozioni, che abbiamo sulle azioni della legge, non possiamo più andare errati sul carattere generale di quest'atto. Un'infinità di ragioni provano che la manomissione per la *vindilta* era una finzione della *causa liberalis*. Per tal guisa si giustifica abbastanza come si giunse a passarsi della iscrizione sul censo; di più si può citare in appoggio più d'un esempio di simiglianti finzioni. Voleva taluno dare ad alcuno la proprietà romana d'una cosa, che non gli apparteneva, si fingeva una lite innanzi al pretore. Quegli al quale si volea dare, fingeva di rivendicare la cosa, il padrone non si opponeva ed il magistrato decideva la lite in favore del revindicante (*Gaio 2*, § *24. Ulp. Reg. T. 19*, § *9, e seg.*). Questa procedura chiamavasi *in jure cessio*. Si volea dare il figliuolo in adozione ad alcuno, questi dopo le formalità necessarie per distruggere la patria potestà del padre, rivendicava il figliuolo come suo innanzi al magistrato, il padre non contradiceva, ed il pretore attribuiva il figliuolo al rivendicante. (*Aul. Gel. 5, 19*). Ciò era un applicazione speciale dell'*in jure cessio*. La manomissione per la *vindilta* era un' altra applicazione della medesima. Questa è pure l'opinione di Boezio nelle sue note sui Topici di Cicerone. « *Erat etiam pars altera accipiendae libertatis*, *quae vindicta vocabatur. Vindicta vero est virgula quaedam*, *quam lictor manumittendi servi capiti imponens, eumdem servum in libertatem vindicabat*, *dicens quaedam verba solemnia*, *atque ideo illa virgula vindicta vocabatur* ». Secondo Tito Livio (L. 2. c. 5.) la locuzione *manumissio vindicta* verrebbe da uno schiavo nominato *Vindicius*, che il primo fu manomesso in tal modo, per avere scoverta la congiura de' figliuoli di Bruto. Teofilo riporta le due etimologie. Noi non dubitiamo di considerar come favolosa quella di T. Livio.

(1) *D. 40, 2, 23, f. Hermog.*
(2) *D. 40, 2, 8, f. Ulp.*
(3) *Ulp. Reg. T. 2*, § *7.*
(4) *D. 40, 4, 35. Inst. 2, 24, 2.*
(5) *D. 40, 5, 31, p. f. Paul.—Ulp. Reg. 2, 10.*
(6) *D. 40, 4, 11*, § *2, f. Pomp. e 25, f. Ulp.—Ulp. Reg. 1, 22.*
(7) *Cod. 7, 6, 1*, § *7.*
(8) *Ulp. Reg. T. 2*, § *8.*
(9) *D. 40, 4, l. 33, 34, f. Paul.*

ctis ecclesiis). Nel Codice troviamo intorno a questo modo di manomissione due costituzioni rendute nel 316 di G. C.; allorchè Costantino divideva ancora l'impero con Licinio, e cominciava a proteggere la religione cristiana, epoca, in cui da circa un secolo non avea più avuto luogo il censo. Siffatta manomissione si faceva innanzi i Vescovi, in presenza del popolo, e si comprovava per un atto qualunque segnato dal Pontefice (1). Pare che ordinariamente si sceglieva per questa formalità un giorno di festa solenne, come quello di Pasqua. Cujacio riferisce un atto di questo genere che trovavasi scolpito nella pietra al di sopra delle porte dell'antica cattedrale di Orleans, e che si rapporta all'epoca feudale del medio evo, in cui tale istituzione erasi mantenuta con qualche modificazione: «*Ex beneficio S. ✠ per Joannem episcopum, et per Albertum S. ✠ Casatum, factus est liber Lemtbertus, teste hac sancta ecclesia* (2) ». Per la grazia della santa Croce, pel ministero di Giovanni Vescovo, e per la volontà di Alberto Vassallo della santa Croce, Lemtberto schiavo di quest'ultimo ha ricevuto la libertà in presenza de'fedeli di questa chiesa.

Modi privati di manomissione.

Per lettera (*per epistolam*). I padroni, dice Teofilo, talvolta scrivevano ad uno schiavo, che trovavasi lontano da loro, che gli permettevano di vivere in libertà. Questa è l'origine della manomissione *per epistolam*. Giustiniano dispose che la lettera, o lo scritto, che conteneva la manomissione fosse segnato da cinque testimoni (3).

Tra gli amici (*inter amicos*). La dichiarazione del padrone fatta in presenza dei suoi amici metteva lo schiavo in libertà. Giustiniano fissò il numero de' testimoni presenti a cinque. Si compilava un atto, nel quale essi attestavano di aver intesa la dichiarazione (4).

Per codicillo (*per codicillum*). Il codicillo era un atto senza solennità, nel quale ciascuno poteva esprimere le sue ultime volontà relativamente alle donazioni, legati, ed altre disposizioni particolari, delle quali era incaricato l'erede. Giustiniano prescrisse che il codicillo fosse segnato da cinque testimoni (5). In tale atto potevasi dar la libertà, ed a questo modo di manomissione alludono le espressioni del nostro testo, *Per quamlibet aliam ultimam voluntatem*.

Vi erano ancora parecchi altri modi espressi in una costituzione di Giustiniano (6); e sono i seguenti: Se un padrone abbia cacciato ed abbandonato senza soccorso il suo schiavo gravamente infermo, ovvero se abbia prostituita una schiava venduta sotto la condizione che non si dovesse prostituire, lo schiavo divien libero, senza *patronus*. Se lo schiavo, secondo la volontà del defunto o del suo erede, abbia preceduto le esequie del suo padrone, col capo coperto dal cappello della libertà, sarà libero, acciocchè non intervenga che il padrone si attribuisca con ostentazione il falso merito d'una manomissione simulata. Se qualcuno, dopo aver litigato con un uomo ed averlo fatto dichiarare suo schiavo, si riceva da altri il prezzo ch'egli vale. Se il padrone abbia maritato con un uomo libero una donna schiava, costituendole una dote. Se in un atto pubblico il padrone dia al suo schiavo il nome di figliuolo. Se in presenza di cinque testimoni gli abbia rimesso, o lacerato il titolo comprovante la sua servitù. Vi erano pure altra volta alcuni altri modi di dare la libertà senza solennità: per esempio, allorchè il padrone faceva sedere lo schiavo alla sua mensa in segno di libertà (*per convivium*, *per mensam*, *inter epulas*); ma Giustiniano sanzionò solamente que' modi, che abbiamo qui sopra annoverati, ed alcuni altri indiretti, che avremo occasione di vedere più avanti (7).

II. *Servi autem a dominis semper manumitti solent: adeo ut vel in transitu manumittantur, veluti cum praetor, aut praeses, aut proconsul in balneum, vel in theatrum eunt.*

2. È uso che i padroni possano sempre manomettere i loro schiavi: essi lo possono fare anche per via, per esempio, quando il pretore, il proconsole, o il presidente vanno al bagno, o al teatro.

III. *Libertinorum autem status tripartitus antea fuerat. Nam qui manumittebantur, modo majorem et justam libertatem consequebantur, et fiebant cives romani; modo minorem, et latini ex lege Junia Norbana fiebant; modo inferiorem, et fiebant ex lege Ælia Sentia dedititiorum numero. Sed dedititiorum quidem pessima conditio jam ex*

(1) *Cod. 1, 13.*
(2) *Cuj. Inst. D. Just. notae.*
(3) *Cod. 7, 6, 1, § 1.*
(4) *Cod. 7, 6, 2.*
(5) *Cod. 6, 36, 8, § 3.*
(6) *Cod. 7, 6, 3, a 12.*
(7) *Cod. 7, 6, 12.*

multis temporibus in desuetudinem abiit; Latinorum vero nomen non frequentabatur; ideoque nostra pietas omnia augere, et in meliorem statum reducere desiderans, duabus constitutionibus hoc emendavit, et in pristinum statum reduxit; quia et in primis urbis Romae cunabulis una atque simplex libertas competebat, id est eadem, quam habebat manumissor, nisi quod scilicet libertinus sit qui manumittitur, licet manumissor ingenuus sit. Et dedititios quidem per constitutionem nostram expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones, per quas suggerente nobis Triboniano viro excelso, quaestore, antiqui iuris altercationes placavimus. Latinos autem Junianos, et omnem, quae circa eos fuerat observantiam, alia constitutione per ejusdem quaestoris suggestionem correximus, quae inter imperiales radiat sanctiones. Et omnes libertos, nullo nec aetatis manumissi, nec dominii manumittentis, nec in manumissionis modo discrimine habito, sicut jam antea observabatur, civitati romanae donavimus; multis modis additis, per quos possit libertas servis cum civitate romana, quae sola est in praesenti, praestari.

3. Lo stato de' libertini era per addietro di tre sorte. Perocchè talvolta acquistano una libertà intera, e legittima, e diventavano cittadini romani, talvolta una libertà minore, e secondo la legge Giunia Norbana diventavano Latini, e talvolta una libertà infima, e secondo la legge Elia Senzia erano annoverati tra i deditizî. Ma la pessima condizione de' deditizî già da lungo tempo è andata in disuso; il titolo di Latino non era frequentato, e però noi desiderando di accrescere e ridurre a migliore stato tutte le cose, per la nostra umanità abbiam corretto questo punto, e ridotto la cosa nel suo stato primiero. In fatti fin dai primi tempi di Roma la libertà era una, la stessa pel manomesso e pel manomettente, salvo che questi era ingenuo, e quegli libertino. In conseguenza promulgando per l' avviso dell' illustre Triboniano, nostro questore, quelle decisioni che han posto fine a tutte le discussioni dell'antico diritto, vi abbiamo inserita una costituzione, che abolisce i deditizî. Parimenti ad istanza dello stesso questore abbiam tolto via i Latini Giuniani, e tutto ciò che relativamente ad essi era in osservanza, e ciò abbiam fatto con un'altra costituzione, che riluce tra le altre leggi imperiali. A tutti i liberti, senza far come altra volta, alcuna differenza nè per l' età del manomesso, nè pel genere di proprietà del manomettente, nè pel modo della manomissione, abbiamo indistintamente fatto dono della cittadinanza romana, aggiungendo parecchi altri nuovi modi, pei quali può uno schiavo acquistare la libertà congiunta ai dritti di cittadinanza, la sola che oggidì è riconosciuta.

Da principio la libertà era una, ed indivisibile. Qualunque manomissione produce due effetti: 1.° Il padrone rinunciava alla sua potestà di proprietario, 2.° i diritti di cittadinanza erano conceduti allo schiavo. Adunque per una conseguenza naturale si richiedeva 1.° che il padrone fosse proprietario dello schiavo, secondo il diritto civile (*dominus ex jure Quiritium*); 2.° che intervenisse la città per consentire alla liberazione, il che avea luogo nelle manomissione *censu*, *vindicta*, *testamento*. Se il manomettente non era proprietario, secondo il diritto civile, ma solamente possedeva lo schiavo ne'suoi beni (*in bonis*), ovvero se la manomissione si faceva senza solennità, lo schiavo non diveniva libero, ma secondo l'intenzione del manomettente vivea in libertà (*in libertate morbatur*), egli era solamente liberato dalla pena di servire (*tantum serviendi metu liberabatur*); rimanendo tuttavia schiavo di diritto, tuttociò che acquistava era dovuto al suo padrone; anzi avrebbe anche potuto, secondo il diritto civile, farlo rientrare sotto la sua potestà; ma il pretore vi si opponeva, e solamente alla morte dello schiavo, il padrone veniva come proprietario a prendere tutto ciò che questi avesse lasciato (1).

La legge Elia Senzia pramulgata nel 757, sotto Agusto, portò parecchie modificazioni alle manomissioni, e tra le altre le seguenti: essa richiese, che acciocchè lo schiavo manomesso divenisse libero e cittadino, dovesse avere l'età di trent'anni, salvo se fosse stato manomesso per la *vindicta* dopo averne fatta approvare la cagione in un consiglio (*apud consilium justa causa approbata*) (2). Di più dispose, che gli schiavi, i quali durante la servitù, erano stati messi in ceppi, marchiati con ferro rovente, o posti alla tortura per un delitto, del quale erano rimasti convinti (*si in ea noxa fuisse convicti sint*) o abbandonati al combattimento del circo (3), non potessero più divenir cittadini, anche quando eran concorse nella loro manomissione le tre condizioni volute, ma fossero assimigliati ai deditizî. Così si appellavano que'popoli, che un tempo avean prese le armi contro Roma, e che, dopo essere stati vinti, si erano resi a discrezione (*qui quondam adversus populum romanum, armis susceptis, pugnaverunt et deinde victi se dederunt*); i romani lasciavan loro la vita, e la libertà, notandoli col nome disonorevole di deditizî (4) Tito Livio (7, 31) ci dà un esempio e la formola di parecchi reddizioni. Da quel tempo vi furono due classi di libertini, i cittadini e i deditizî; gli schiavi, che *in libertate morabantur* non si poteano ancora annoverare tra i libertini.

Ma la legge Giunia Norbana, la quale

(1) *Veteris Jurecons. frag. De manum.* §. *6 e 7*
(2) *G. 1* §§. *18, 19.*
(3) *G. 1* §. *13, Paul. sent. L. 4, T. 12,* §. *5.*
(4) *G. 1* §. *14 — Theoph. h. t.*

credesi pubblicata nel 772 sotto Tiberio (1) fece di questi ultimi una terza classe, che fu assimigliata, pei diritti, ai romani condotti ed incorporati nelle colonie Latine, e siffatti libertini furono appellati *Latini Juniani*; Latini a cagione della loro condizione, Giuniani a cagione della legge. « *Latinos ideo*, dice Gaio, *quia lex eos liberos perinde esse voluit, atque si essent cives romani ingenui, qui ex urbe Roma in Latinas colonias deducti, Latini colonarii esse coeperunt*; *Junianos ideo*, *quia per legem Juniam liberi facti sunt*, *etiamsi non cives Romani* (2) » (Vedi sulle diverse colonie la nostra *Hist. du droit rom.* p. 162).

Allora si noverarono tre classi di libertini: 1.° i libertini cittadini, nella manomissione de'quali concorrevano queste tre cose: che lo schiavo avesse trent'anni, che il padrone avesse il dominio del diritto civile, che il modo di manomissione fosse uno de'tre modi pubblici riconosciuti dal diritto: 2.° i deditizî, che, durante la loro schiavitù, erano stati puniti per un delitto; 3.° i Latini Giuniani, che non aveano commesso alcun delitto, ma mancava nella loro manomissione una delle tre condizioni quì sopra accennate.

I libertini cittadini godevano di tutti i diritti civili, salvo le differenze risultanti dal non essere ingenui.

I deditizî godevano solo della libertà, e de'diritti naturali anticamente conceduti ai popoli, ai quali erano stati assomigliati. Essi non potevano altrimenti acquistare, che ne'modi permessi agli stranieri; non potevano far testamento; non potevano dimorare in Roma, o in un raggio di cento miglia, sotto pena di esser pubblicamente venduti, essi e i loro beni; non era loro aperta alcuna via di migliorare lo stato, e diventar cittadini (3); finalmente alla loro morte il padrone veniva a prendere i loro beni per diritto di successione, s'essi erano stati manomessi pubblicamente, con tutte condizioni le richieste; e nel caso contrario per diritto di peculio, reputandosi egli esser sempre rimasto loro proprietario (4).

I Latini Giuniani non aveano i diritti di cittadino romano. Nell'ordine politico, non aveano i diritti di suffragio, nè l'attitudine ai pubblici uffizî; nell'ordine privato, non potevano essere direttamente eredi, legatarî (5), o tutori (6), nè potevano far testamento: la legge *Junia* loro espressamente il vietava (7); ma aveano il *commercium*, o diritto di comprare e vendere, anche per mezzo della mancipazione (8); la *fazione del testamento*, in questo senso, che potevano concorrere alla sua formazione *per aes et libram*, in qualità di *emptor familiae*, *libripens*, o *testis*, giacchè poteano figurare in una mancipazione (9); da ultimo potevano ricevere per fedecommesso (10). Alla loro morte, i loro padroni continuarono sempre a prendere i beni, che essi lasciavano, come se non avesser cessato di essere schiavi: il che fa dire nelle Instituzioni, che questi nel loro ultimo respiro perdevano ad un tempo la vita, e la libertà: « *In ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant* » (11). Ma un Latino poteva in molti modi passare allo stato di cittadino (12): *beneficio principali*, se l'imperadore, con un rescritto, gli concedeva questo favore; *liberis*, se, avendo contratto matrimonio, ed avutone un figliuolo, si presentava al pretore o presidente della provincia, e provava questo fatto (*causam probare*): per tal modo diveniva cittadino non solo egli, ma altresì la moglie ed il figliuolo, se questi non erano

---

(1) Bisogna confessare che parecchie ragioni, e fra le altre alcune frasi di Gaio, e d'Ulpiano potrebbero far pensare, che, al tempo della legge *Ælia Sentia* fosse già ammessa la classe de' libertini Latini, e che per conseguenza la legge *Julia Norbana* sia anteriore alla legge *Ælia Sentia*. Non pertanto quelle frasi si spiegano con le seguenti riflessioni: la legge *Ælia Sentia* ponendo alcune nuove proibizioni alle manomissioni, impedì in alcuni casi che lo schiavo manomesso non divenisse cittadino (*non voluit manumissos cives romanos fieri. G. 1 §. 18*); essa lo assomigliò a colui che vivea in libertà, secondo la volontà del suo padrone (*perinde haberi jubet, atque si domini voluntate in libertate esset. Ulp. Reg. T. 1, §. 12*). In fine sopravvenne la legge *Junia* e d'allora in poi questo schiavo divenne Latino Giuniano (*ideoque fit Latinus.* Ivi). Se Gaio, od Ulpiano riuniscono talvolta queste conseguenze, la ragione è perchè scrivono posteriormente a queste due leggi, in un tempo che le loro disposizioni erano insieme in vigore, e riunite.

(2) *Gaio 3, §. 56* — Vedi altresì *1, §. 22, et Veter. jur. frag. §. 8.*

(3) *Gaio 1. §§. 25, 26, 27.*

(4) *Gaio 3 §§. 74, 75, 76.*

(5) *Ulp. Reg. tit. 22, §. 1 e tit. 25, §. 7.*

(6) *Ivi tit. 11, §. 16.*

(7) *Ulp. Reg. tit. 20. §. 14.*

(8) *Ivi tit. 19, §§. 4, 5.*

(9) *Ivi tit. 20, §. 8.*

(10) *Gaio 2, §. 275. — Ulp. Reg. tit. 25. §. 7.*

(11) *Inst 3, 7, 4. — Gaio 3. §. 56. e seg.*

(12) *Gaio 1. §. 28, e seg. — Ulp. Reg. T. 3, 1, e seg.*

già cittadini (1); *iteratione*, se era manomesso di nuovo con tutte le condizioni, che mancavano alla sua prima manomissione: ed in fine in altri modi, che Ulpiano dinota con queste parole: *militia*, *nave*, *aedificio*, *pistrino*, e che consistono nell'aver servito per un certo tempo nelle guardie di Roma; fabbricato un naviglio e trasportato per sei anni del frumento; edificata una casa, o, in fine, aperto un forno od officina da mugnaio.

Giustiniano ridusse ad una sola tutte e tre queste classi di libertini (2), concedendo a tutti costoro i diritti di cittadinanza, senza distinguere, se lo schiavo avesse trent'anni, se il padrone avesse il dominio di cittadino (3), se il modo di manomissione fosse solenne (*nullo nec aetatis manumissi, nec domini manumittentis, nec in modo manumissionis discrimine habito*). Il perchè avvenne che uno schiavo, pel semplice atto particolare del padrone, e senza l'intervento della città, potea divenir cittadino; ma noi abbiamo già innanzi osservato qual differenza vi fosse tra il valore di questo titolo in Costantinopoli, ed il pregio in che una volta era tenuto a Roma!

TITULUS VI.

QUI ET EX QUIBUS CAUSIS MANUMITTERE NON POSSUNT.

TITOLO VI.

DA CHI, E PER QUALI CAGIONI, NON SI POSSONO MANOMETTERE.

Nel tempo che fioriva la repubblica romana non v'erano leggi, che restringessero la facoltà di manomettere, ma i costumi, e la forza istessa delle cose vi poneano un giusto freno. Quando gli schiavi, a cagione della loro gran quantità, scemarono di valore; quando il titolo di cittadino esteso ad un maggior numero di sudditi, e spogliato, dal nascente dispotismo, dei diritti che vi erano annessi, divenne meno prezioso, allora si moltiplicarono le manomissioni. I più gravi abusi si fecero sentire in mezzo ai perturbamenti, che cagionarono la ruina della repubblica. Si manometteva per ingrossare il numero de' partigiani, talvolta affinchè lo schiavo divenuto cittadino ricevesse la sua parte nelle distribuzioni gratuite; sovente, al momento della morte, affinchè un lungo corteo col capo coperto dal cappello della libertà, seguisse il carro funebre, come per attestare la ricchezza, e la generosità del defunto (*Hist. du droit.* n. 70). Augusto, il quale intendeva a stabilir solidamente il suo trono, riconducendo la tranquillità, e distruggendo gli eccessi, credè dover combattere i costumi con le leggi, e porre dei limiti alle manomissioni. Queste son le cagioni che diedero origine alla legge *Ælia Sentia*, ed alla legge *Furia Caninia*. Al tempo di Giustiniano lo spirito generale de' sudditi, e del governo era ben mutato; il titolo di cittadino avea perduto tutto il suo pregio; le apparenze di repubblica, che ancor rimanevano sotto Augusto, erano al tutto cancellate; i costumi, e le leggi si erano ricondotte alle regole comuni di diritto naturale e di umanità, e l'imperadore cercava di favorire in tutto le manomissioni. Quindi le leggi *Ælia Sentia*, e *Furia Caninia* dovettero essere abrogate, o modificate. Le Instituzioni trattano della prima in questo titolo, e dell'altra nel seguente.

Sappiamo da Svetonio che la legge *Ælia Sentia* fu promulgata da Augusto (4): e siccome i fasti consolari ci presentano S. Elio Catone, e C. Senzio Saturnino consoli nel 757 di Roma, questa è l'epoca, a cui noi la possiam riferire.

Questa legge ebbe grande importanza nella legislazione, e tutti i giureconsulti romani ne fecer soggetto de' loro comenti: essa conteneva parecchie disposizioni nuove. Le più note sono: 1.° quella che vietava di francare uno schiavo di età minore di 30 anni, salvo se ciò si facesse per mezzo della *vindicta* e con l'approvazione del consiglio; 2.° quella che creava la nuova classe de' libertini deditizî; 3.° quella che proibiva le manomissioni fatte in frode dei creditori; 4.° quella che vietava al padrone minore di venti anni, di manomettere al-

(1) Questo modo era stato introdotto dalla legge *Ælia Sentia*, solamente per coloro, che avendo meno di 30 anni nel tempo della loro manomissione, non erano divenuti liberi e cittadini. Di poi un senato-consulto lo estese a tutti i libertini Latini. Ved. Gaio loc. cit. — Ulpiano attribuisce questa disposizione alla legge *Junia*: dal che, tutto al più, si può conchiudere che la legge *Junia* confermò ciò che la legge *Ælia Sentia*, avea stabilito.

(2) *Cod. 7. T. 5 e 6.*

(3) Del resto avremo occasione di di dire, che Giustiniano non riconobbe più alcuna differenza tra il dominio di cittadino detto *dominio ex jure Quiritium*, e la proprietà del diritto delle genti. (*Hist. du droit:* p. 386).

(4) *Svet. August. c. 40.*

tramente che per la *vindicta* e con l'approvazione del consiglio (1). I due primi capi sono stati già da noi esaminati: gli altri due formano oggetto di questo titolo.

Non tamen cuicumque volenti manumittere licet; nam is qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem.

Non pertanto non è lecito a ciascuno di manomettere sempre che il voglia; perocchè se la manomissione si fa in frode de' creditori, è nulla, perchè la legge Ælia Sentia impedisce la libertà.

Tutto ciò che è relativo a questa disposizione è stato conservato.

Vediamo da prima che cosa significa manomettere in frode de'creditori. Supponete che una persona debba a qualcuno uno dei suoi schiavi, perchè gliel' abbia venduto, perchè si sia obbligato con una stipulazione, di consegnarglielo, o per qualsivoglia altra ragione; ovvero supponete che questo schiavo sia stato dato in pegno per sicurtà di un debito, è chiaro, che il padrone, francandolo, recherebbe danno al creditore, al quale è dovuto, o dato in pegno. Lo stesso sarebbe, se una persona, non avendo abbastanza di beni, per soddisfare tutti i suoi debiti, desse la libertà ad alcuno de' suoi schiavi; perciocchè per questo modo si renderebbe maggiormente insolvibile; o pure se, avendo di che pagare tutti i suoi creditori, dovesse per la manomissione trovarsi nello stato di non poter più adempiere a tutti i suoi obblighi. In tutti questi casi vi sarebbe pregiudizio; ma perchè vi fosse frode, si richiedeva una seconda condizione, cioè che il debitore manomettendo, fosse di mala fede, e conoscesse il danno, che recava. Adunque possiam conchiudere che un padrone manomette in frode de'creditori, quando riunendo il fatto all' intenzione, scientemente si pone, per la manomissione, nello stato di non poter pagare i suoi debiti, o quando per essa accresce la sua insolvibilità. Del rimanente noi sappiamo che per creditore s'intende ogni persona, alla quale si deve qualche cosa, per qualsivoglia cagione: « *Creditores appellantur, quibus quacumque ex causa actio cum fraudatore competat* » (2).

Vediamo ora quali erano le conseguenze di questa frode. La manomissione rimaneva senza effetto, e lo schiavo non diveniva libero. Un' infinità di testi lo prova sino all'evidenza. *Nihil agit*; *lex impedit libertatem*, dicono le Instituzioni: *libertas non competit* (3); *ad libertatem non veniunt* (4); *non esse manumissione liberum factum* (5). In fatti si avea per principio presso i Romani che la libertà una volta data non si potea rivocare (6); quindi la legge *Ælia Sentia*, per non violare siffatto principio dovea impedire che la libertà si acquistasse. Ma non si dee credere per tanto, che la nullità avesse luogo di pieno diritto, e che lo schiavo, dopo la manomissione, continuasse a rimanere in servitù, egli sovente cominciava, di fatto, a vivere in libertà; ma i creditori potevano impugnare la manomissione, provare la frode, e far dichiarare in conseguenza, che lo schiavo non avea cessato di esser tale.

Poteva intervenire che i creditori perdessero la loro azione, e che lo schiavo divenisse realmente libero: per esempio, se posteriormente fossero stati pagati (7), o se qualcuno, per conservare le manomissioni, avesse dato sicurtà di soddisfar tutti i debiti (8), perchè allora i creditori non aveano più interesse; e parimenti il giureconsulto Aristone, la cui opinione è consacrata nel Digesto, decide che, se la manomissione sia stata fatta in frode del fisco, e che questo non abbia reclamato nello spazio di dieci anni, la manomissione non potrà più essere impugnata (9). Del resto non occorre dire, che il padrone non poteva trarre argomento dalla propria frode, per fare egli stesso annullare la manomissione (10). Se il debitore abbia fatte più manomissioni, la nullità comincia solo da quelle, che lo han renduto insolvibile, cosicchè rimangono solamente gli ultimi manomessi necessarî al pagamento de'debiti (11). Se il debito è condizionale, lo stato degli schiavi manomessi rimane in sospeso fino all'adempimento della condizione (12).

I. *Licet autem domino, qui solvendo non est, in testamento servum suum cum libertate heredem instituere, ut liber fiat heresque ei* solus et necessarius; *si modo ei nemo alius ex eo testamento heres extiterit: aut quia nemo heres scriptus sit,*

(1) *Ulp. Reg, T. 1, §§ 11, 12, 13.*
(2) *D. 40, 9, 16, § 2, f. Paul.*
(3) *D. 40, 9, 5, pr. f. Jul.*
(4) *Ivi 11, pr. f. Marc.*
(5) *Ivi 26, f. Scaev.*
(6) *Inst. 3, 11, § 3.*
(7) *Dig. 40, 9, 26, f. Scaev. C. 7, 8, 5.*
(8) *Inst. 3, 11, § 6.*
(9) *Dig. 40, 9. 16, § 3, f. Paul.*
(10) *C. 7, 8, 5.*
(11) *D. 40, 9, 24, f. Terent.*
(12) *Ivi 16, § 4, f. Paul.*

aut quia is qui scriptus est, qualibet ex causa, heres non extiterit. Idque eadem lege Ælia Sentia provisum est, et recte. Valde enim prospiciendum erat, ut egentes homines, quibus alius heres extiturus non esset, vel servum suum necessarium heredem haberent, qui satisfacturus esset creditoribus, aut hoc ea non faciente, creditores res hereditarias servi nomine vendant, ne injuria defunctus afficiatur.

1. Ma un padrone insolvibile può nel suo testamento dare al suo schiavo la libertà e l'eredità, affinchè divenga libero, e suo erede *unico e necessario*; purchè, però in virtù di tal testamento, non vi sia alcun altro erede, o perchè niun altro sia stato instituito, o perchè l'istituito nol sia, per qualsivoglia cagione, divenuto. E ciò la stessa legge Ælia Sentia ragionevolmente dispose. Imperocchè si dovea ben provvedere, che le persone indigenti, le quali non avrebbero trovato un altro erede, avessero per lo meno per erede necessario il loro schiavo, affinchè questi soddisfacesse i creditori, o ciò non facendo, costoro vendessero i beni della successione sotto il nome dello schiavo, per non recare onta e vergogna alla memoria del defunto.

Solus et necessarius. Per bene intendere questo paragrafo bisogna conoscere due particolarità di costumi e di diritto. La prima è che, quando un cittadino moriva lasciando una successione insolvibile, e senza erede, i creditori si faceano mettere in possesso della eredità, e la vendevano sotto il nome del defunto, giacchè niuno era subentrato nel suo luogo. Per tal modo, egli anche dopo la morte, e sotto il suo proprio nome, era costituito in uno stato di fallimento ingiurioso alla sua memoria. I Romani aveano grandemente a cuore di evitare questo disonore (1). La seconda è che uno schiavo istituito erede dal suo padrone, era costretto anche suo malgrado ad accettare l'eredità, e però dicevasi erede necessario (*heres necessarius*) (2). Da ciò avveniva che un padrone, il quale lasciava una successione misera, e prevedeva che niuno vorrebbe accettarla, nominava il suo schiavo per erede necessario. La legge Ælia Sentia conformandosi ai costumi generali, e non volendo privar d'un erede il debitore insolvibile, fece eccezione, per questo caso, alle sue principali proibizioni, e stabilì che lo schiavo così manomesso diverrebbe libero, cittadino, ed erede, senza esaminare, se avesse meno di 30 anni, se, durante la sua schiavitù fosse stato punito pe' suoi delitti, o se la sua manomissione recasse danno ai creditori. Quest'ultima parte era la sola, sotto Giustiniano che potesse ancora trovare la sua applicazione. Essa fu tanto più ragionevolmente conservata, che, in questo caso, l'intenzione del debitore non è di nuocere ai suoi creditori, ma di darsi un erede. Ma si richiedeva ch'ei non avesse alcun altro erede in virtù del testamento; altrimenti non sarebbe stato necessario, per risparmiar l'onta al defunto, che lo schiavo divenisse erede; e però il padrone non potea per questo fine manomettere che un solo schiavo, e se ne avesse manomessi più, solo quegli che era scritto il primo diveniva libero, ed erede (3). Dopo queste spiegazioni si vede benissimo perchè il manomesso ebbesi il nome di *solus et necessarius heres.*

II. *Idemque juris est, etsi sine libertate servus heres institutus est. Quod nostra constitutio non solum in domino qui solvendo non est, sed generaliter constituit, nova humanitatis ratione, ut ex ipsa scriptura institutionis etiam libertas ei competere videatur; cum non est verisimile eum, quem heredem sibi elegit, si praetermiserit libertatis dationem, servum remanere voluisse, et neminem sibi heredem fore.*

2. Lo stesso diritto si osserva quando anche il testatore abbia istituito erede lo schiavo, senza dire che gli rende la libertà. Perocchè in una nostra costituzione per certa nuova ragione di umanità, e non solo pei padroni insolvibili, ma generalmente per tutti, abbiamo disposto, che lo schiavo, per ciò solo che è stato istituito erede, debba divenir libero; in fatti non è verisimile che un padrone il quale ha nominato a suo erede uno schiavo, per aver trascurato di manometterlo, abbia voluto che rimanga schiavo, e che egli non abbia erede.

Tra gli antichi giureconsulti facevasi quistione se fosse valida l'istituzione di uno schiavo, quando erasi trascurato di dichiarare che gli si dava la libertà. Abbiamo un passo di Ulpiano, il quale decide che non sia valida (4); ma Giustiniano risolvendo la quistione in una delle sue cinquanta decisioni, tra per favore della liberta, e perchè bisogna prendere per guida la volontà del defunto, dispone che lo schiavo pel solo fatto della istituzione debba divenir libero (5).

III. *In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui, vel jam eo tempore quo manumittit, solvendo non est, vel qui, datis libertatibus, desiturus est solvendo esse. Praevaluisse tamen videtur, nisi animum quoque fraudandi manumissor habuerit, non impediri libertatem, quam-*

(1) *Teoph. hoc.* §.
(2) *Inst.* 2, 19, 1.
(3) *Ulp. Reg.* 1, § 14.
(4) *Ulp. Reg. T.* 22, § 12.
(5) *C.* 6, 27, 5.

vis bona ejus creditoribus non sufficiant. Saepe enim de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines. Itaque tunc intelligimus impediri libertatem, cum utroque modo fraudentur creditores, id est et consilio manumittentis, et ipsa re, eo quod ejus bona non sunt suffectura creditoribus.

3. Manomette in frode de' creditori colui, che nel momento della manomissione è già insolvibile, o che per la manomissione cessa di esser solvibile. Non pertanto è prevaluto, che se il manomettente non abbia anche avuta l' intenzione di frodare, lo schiavo acquisterà la libertà, quantunque i beni sieno insufficienti pei creditori. Perciocchè spesso l'uomo si promette dalle sue fortune più di quello che realmente posson valere. Sicchè la manomissione allora solo non ha effetto, quando i creditori doppiamente son frodati, cioè tanto per l'intenzione di chi manomette, quanto pel fatto stesso, che i suoi beni non bastino al pagamento dei creditori.

È principio assodato, che, quando si tratta di pronunziare, che un atto è fraudolento, bisogna esaminare non solamente il fatto, ma ancora l'intenzione; « *Fraudis interpretatio semper in jure civili non ex eventu dumtaxat, sed ex consilio quoque desideratur* » (1). Questa massima generale si trova quì applicata alla manomissione fatta in pregiudizio de' creditori. Non pertanto l'opinione ritenuta dalle Istituzioni non era stata sempre universalmente riconosciuta, quantunque fosse seguita dal maggior numero de' giureconsulti, e però Giustiniano dice, *è prevaluto*. Teofilo dà parecchi esempi, ne' quali vi ha talora l' intenzione senza il fatto, e talora il fatto senza l' intenzione. Non è difficile trovarne: Così, un padrone dà la libertà ad uno schiavo, ignorando che l'incendio ha distrutto una casa, ch' ei possiede in Costantinopoli, e che questa perdita l'ha renduto insolvibile; lo schiavo sarà pur libero, perchè non vi è il *consilium*. Sarà pure lo stesso, se un debitore insolvibile abbia detto nel suo testamento: « Stico sia libero, se si pagherà a' miei creditori tutto ciò che loro è dovuto (2) ». Ma in quest'ultimo caso la manomissione sarà condizionale.

Quì non è inutile osservare che, per un Senato-consulto fatto sotto Adriano, questa disposizione della legge Ælia Sentia si applicava ai debitori *peregrini*, che non potevano manomettere in frode dei creditori, secondo che ci fa sapere Gaio nelle sue Istituta (3).

IV. *Eadem lege Ælia Sentia domino minori viginti annis non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta, apud consilium justa causa manumissionis approbata, fuerint manumissi.*

4. Secondo la stessa legge Ælia Sentia il padrone minore di venti anni (4) non può altramente manomettere che per la *vindicta*, e dopo aver fatto approvare dal consiglio una legittima causa di manomissione.

Questa disposizione è conservata da Giustiniano per le manomissioni tra vivi.

La legge Ælia Sentia, in due casi, richiedeva che la manomissione si facesse per la *vindicta*, e con l' approvazione del consiglio. Noi di già abbiam veduto il primo, se lo schiavo, che voleasi manomettere aveva meno di trenta anni (5); il secondo è, se il padrone che manometteva avesse meno di venti anni. Si richiedeva l' approvazione del consiglio, perchè il padrone in questa età non avea abbastanza discernimento, ed avrebbe potuto dare inconsideratamente la libertà. Si richiedeva un modo speciale di manomissione, probabilmente perchè vi fosse più regolarità, e perchè questo modo unico fosse più facilmente sotto la vigilanza dell' autorità. Si scelse la *vindicta* perchè in quel tempo i tre modi pubblici pel censo, pel testamento, per la *vindicta*, erano i soli che davano la libertà, e la cittadinanza; or non potevasi adottare nè il primo, il quale non si presentava che ogni cinque anni, nè il secondo, che non produceva effetto se non al momento della morte (6).

---

(1) *D. 50, 17, 79, fr. Papin.*
(2) *D. 40, 9, 5, § 1,—40, 4, 57.*
(3) *Gaio 1, § 47.*
(4) Queste parole *major, minor* non hanno per se stesse un senso assoluto, esse sono espressioni di paragone, che richieggono necessariamente dopo di se il termine della comparazione: maggiore, minore di quattordici anni; maggiore, minore di venti anni, maggiore, minore di venticinquo anni, etc. Se noi nel nostro diritto francese abbiamo trasformate in sostantivi le parole maggiore, minore, ciò è stato per una specie di convenzione, che bisogna ben guardarsi dal trasferire nel diritto Romano, dove essa non avea luogo. Non pertanto i giureconsulti romani quantunque di rado, pure talvolta adoperano queste locuzioni isolatamente, ed allora si rapportano sempre all' eta di 25 anni.
(5) *Gaio 1, § 18.*
(6) Gaio su questo soggetto così si esprime. *Minori xx. annorum domino non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta apud consilium justa causa monumissionis approbata fuerit (Gai. 1. §. 38.)* La parola *vindicta* come è quì collocata non presenta alcun senso; e però alcuni autori la soppriмono, e dicono semplicemente, che il minore di venti anni non può manomettere se non con l'approvazione, altri poi seguendo il Niebuhr, trasportandola leggono a questo modo; *Non aliter*

Apud consilium. Vi erano alcune epoche determinate spezialmente consacrate all'amministrazione della giustizia, duranti le quali, delle specie di *sessioni* o *corti* dette *conventus* teneansi in Roma dal magistrato (i Pretori), e nelle province da'governatori (Proconsoli, Propretori, o Prefetti), i quali a tal fine recavansi nelle principali città. In Roma e poi in Costantinopoli alcuni giorni della sessione erano destinati alla riunione del consiglio, di cui quì si tratta; questo si componeva del Pretore, di cinque Senatori, e di cinque Cavalieri. Nelle provincie si riuniva l'ultimo giorno della sessione (1), ed era composto di venti Ricuperatori (*Hist. du droit* n.° 35).

V. *Justae autem manumissionis causae haec sunt*: veluti *si quis* patrem aut matrem, *filium, filiamve, aut fratrem sororemve naturales, aut pedagogum, aut nutricem, educatoremve, aut alumnum alumnamve, aut collactaneum manumittat, aut servum*, procuratoris habendi *gratia; aut ancillam*, matrimonii habendi causa: *dum tamen intra sex menses uxor ducatur, nisi justa causa impediat; et qui manumittitur procuratoris habendi gratia, non minor decem et septem annis manumittatur.*

5. Le cause legittime di manomissione sono, *per esempio*, se alcuno voglia menomettere *il padre o la madre*, il figliuolo o la figliuola, il fratello o la sorella naturale, il precettore, la nutrice o il balio, l'allievo, o l'allieva, il fratello o la sorella di latte, o uno schiavo *per costituirlo suo procuratore*, o una schiava per isposarla, purchè il matrimonio abbia luogo fra sei mesi, salvo se qualche giusta causa non vi ponga ostacolo; e quanto allo schiavo, che si vuol costituir procuratore, purchè non abbia meno di diciassette anni.

Veluti. Le cose quì sopra indicate non sono che degli esempì; la parola *veluti* abbastanza lo dimostra. Nel Digesto se ne annoverano delle altre, come se lo schiavo abbia salvato la vita, o l'onore al padrone (2).

Patrem aut matrem. Può in molti accadere, che un uomo libero abbia sotto la sua potestà il padre o la madre, la sorella o il fratello. Ecco degli esempî dati da Teofilo: se un figliuolo che è schiavo insieme col padre, con la madre, le sorelle etc., sia manomesso dal suo padrone, ed istituito erede, si troverà proprietario de'suoi parenti. Se un uomo che ha avuti de'figliuoli da una schiava, ha in seguito un figliuolo legittimo che gli succede, si trova avere sotto la sua potestà i fratelli o sorelle naturali.

Procuratoris habendi gratia. È da notarsi che si richiede in questo caso che lo schiavo abbia almeno diciassette anni compiuti. Se egli avesse meno di quest'età, non gli si potrebbe con fiducia affidare la direzione degli affari del minore, e da un altra parte egli non potrebbe, quando fosse necessario, *postulare*, cioè esporre innanzi al giudice la domanda, o la difesa del

---

vindicta manumittere permittitur, quam si. . . . etc., e ne deducono che il minore di venti anni non può manomettere per la *vindicta*, se non con l'approvazione. Queste due opinioni sono entrambe contrarie alle Istituzioni. Esse non mi pare che possano essere ammesse. In fatti la legge Ælia Sentia volea limitare le manomissioni, richiedendo in certi casi l'approvazione del consiglio, oltre a ciò intendeva di stabilire per questa guisa un solo modo determinato di manomissione, che fosse sotto la vigilanza dell'autorità; noi abbiam provato che non poteva scegliersene altro che la *vindicta*. Egli è certo che per la manomissione di uno schiavo minore di 30 anni si richiedeva questo modo speciale, e l'approvazione del consiglio (*Gaio 1.* § *18. Ulp. Reg. 1.* § *12*). La sola analogia basterebbe per conchiudere, che lo stesso era, per la manomissione fatta da un padrone minore di venti anni, ma le Istituzioni formalmente lo dicono, e Gaio pure il dice. È vero che la sua frase è un poco alterata, ma in vece di sopprimervi la parola *vindicta*, invece di fare la trasposizione di Niebuhr, o altre che pur sono state proposte, io ne farei una molto più semplice, ed è questa: *Non aliter manumittere permittitur quam vindicta, si apud consilium.* . . . . etc.; e ciò è perfettamente confermato da quello che dice Gaio un poco più appresso: « Essendosi stabilito un modo speciale di manomissione per i padroni minori di 20 anni, ne segue che non possono questi manomettere per testamento » *(Gaio 1.* § *40.)*. Quanto poi a ciò che egli dice nel §. 41, che il minore, benchè non voglia fare che un manomesso latino, pure è obbligato di domandare l'approvazione, e che può allora manomettere, *tra gli amici*, io non veggo in ciò veruna contraddizione con quel che abbiam detto più sopra. Per dare realmente la libertà allo schiavo, e renderlo cittadino, egli non potea adoperare che la *vindicta*, ma per metterlo in libertà senza la qualità di cittadino, poteva manomettere *inter amicos*. Del pari per rendere libero e cittadino uno schiavo minore di trent'anni si richiedeva la *vindicta*, e l'approvazione; ma potevasi per testamento porre di fatto in libertà senza il dritto di cittadinanza. *(Ulp. Reg. 1*, §. *12)*. Non resterebbe che una sola considerazione poco concludente per distruggere quelle, che sinora abbiamo esposte, ed è che Teofilo, Ulpiano, e l'antico giureconsulto, di cui si ha un frammento sulle manomissioni, trattando di questa materia non fanno affatto parola della *vindicta* (*Theop. hoc.* §.—*Ulp. Reg. 1.* §. *13.—Fragm. vet. Jurec.*).

(1) Si possono vedere nella parafrasi di Teofilo sotto questo paragrafo de'particolari importanti su questo *conventus* e su questo *consilium*, che concordano con quelli dati da Gaio 1. §. 20.

(2) D. *40. 2. 9. f. Marc.*

suo *patronus*, richiedendosi a ciò fare l'età di diciassette anni (1). Del rimanente lo schiavo non si manometteva solamente per incaricarlo di *postulare*, ma ancora, dice Teofilo, affinchè divenuto libero potesse senza verun ostacolo amministrare gli affari. Egli è vero, che rimanendo schiavo avrebbe potuto amministrare, ma non avrebbe certamente avuto la capacità d'un uomo libero in tutta la sua estensione.

Matrimonii habendi causa. Bisognava che il padrone manomettesse la schiava, per isposarla egli stesso, non già per darla ad altri in matrimonio (2). Se il matrimonio era impossibile, non potea ritenersi come causa di manomissione; per esempio se il minore di XX anni fosse castrato (3). Le donne non potevano essere autorizzate a manomettere per siffatta ragione, salvochè in un caso eccezionale (4). La manomissione, secondo un Senato-consulto, non potea altrimenti aver luogo che col giuramento del padrone di sposare la schiava manomessa, tra i sei mesi (5). Fino a che il matrimonio non seguiva, lo stato della schiava era in sospeso, e se eran decorsi i sei mesi, senza che il matrimonio avesse avuto luogo, essa riputavasi di non essere mai stata manomessa, a meno che non vi fosse stato un impedimento legale; per esempio se il padrone fosse morto, o fosse stato eletto a Senatore, perchè in tal caso egli non potea più sposare una schiava fatta libera.

VI. *Semel autem causa approbata, sive vera sit, sive falsa, non retractatur.*

6. Approvata una volta la causa, vera, o falsa che sia, non può essere più ritrattata.

Benchè in generale si avesse contro le decisioni la via dell'appello, pure nel caso, di cui trattiamo, non si poteva aver ricorso a tal rimedio. Potevasi, dice Marciano (6), e dopo lui Teofilo, contradire la causa innanzi al consiglio; ma ove fosse approvata, non si poteva più rivocare l'approvazione. Dopo compiuta la manomissione sarebbe stato impossibile di farla annullare, pel pretesto che la causa fosse falsa, o simulata.

VII. *Cum ergo* certus modus manumittendi *minoribus viginti annis dominis per legem Æliam Sentiam constitutus sit, eveniebat, ut qui quatuordecim annos expleverat, licet testamentum facere, et in eo sibi heredem instituere, legataque relinquere posset; tamen. si adhuc minor esset viginti annis, libertatem servo dare non posset. Quod non erat ferendum, si is, cui totorum suorum bonorum in testamento dispositio data erat, uno servo libertatem dare non permittebatur. Quare nos similiter ei quemadmodum alias res, ita et servos suos in ultima voluntate disponere, quemadmodum voluit, permittimus, ut et libertatem eis possit praestare. Sed cum libertas inaestimabilis res sit, et propter hoc ante XX aetatis annum antiquitas libertatem servo dare prohibebat: ideo nos, mediam quodammodo viam eligentes, non aliter minori viginti annis libertatem testamento dare servo suo concedimus*, nisi XXVII. annum impleverit, *et decimum octavum tetigerit. Cum enim antiquitas hujusmodi aetati, et pro aliis postulare concesserit, cur non etiam sui judicii stabilitas ita eos adjuvare credatur, ut ad libertatem dandam servis suis possint pervenire?*

7. Essendo dalla legge Ælia Sentia stabilito *un modo speciale di manomissione*, pel padrone di venti anni, ne seguiva che chi avea quattordici anni compiuti, benchè potesse far testamento, istituire un erede, e fare de'legati, pure, se avea meno di venti anni, non poteva lasciar la libertà ad uno schiavo. Era certamente strano, che chi poteva nel suo testamento disporre di tutta la sua fortuna, non potesse poi dar la libertà neppure ad un solo schiavo. E però noi gli abbiam permesso disporre a suo talento per atto di ultima volontà, siccome degli altri beni, così pure *degli schiavi*, e di dar loro la libertà. Nonpertanto siccome la libertà è di un valore inestimabile, e per questa ragione i nostri antichi vietavano di darla prima de'venti anni ad uno schiavo, noi tenendo in certo modo la via di mezzo abbiamo permesso ai minori di venti anni la manomissione per testamento, ma *a condizione che abbiano compiuto il diciassettesimo anno, e toccato il diciottesimo*. E per verità se gli antichi loro permettevano a questa età anche di far da procuratori per altri, perchè non si crederanno forniti di un giudizio abbastanza maturo per avere il diritto di dar la libertà ai loro schiavi?

Certus modus manumittendi. Da che il minore di venti anni autorizzato dal consiglio non potea manomettere in altro modo, che per la *vindicta*, ne seguiva la conseguenza che non poteva in alcun modo dare la libertà per testamento.

Ita et servos suos. Questa ragione data da Giustiniano, di essere incomportabile, che alcuno non potesse disporre de' suoi schiavi, come degli altri suoi beni, non è giusta. Il minore di venti anni, anche sotto la legge Ælia Sentia poteva disporre per testamento de' suoi schiavi, nello stesso modo che poteva disporre degli altri beni. Ed in fatti che poteva egli fare de' suoi be-

(1) *D. 3. 1. 1.* §. *3 f. Ulp.*
(2) *D. 40. 9. 21.*
(3) *D. 40. 2. 14* §. *2. f. Marc.*
(4) *Ivi.*
(5) *Ivi 13 f. Ulp.*
(6) *Ivi 9,* §. *1, f. Marc.*

ni? Lasciarli al suo erede, donarli per legato, per fedecommesso? ebbene non poteva egli fare altrettanto del suo schiavo? Ma dare la libertà a questo schiavo non era una semplice disposizione della sua proprietà; egli lo rendeva libero, e cittadino; la città era parte in quest' atto, e però ben si poteva, senza contraddizione vietargli quest'atto, mentre che gli si permetteva di alienare. La disposizione della legge *Ælia Sentia* era conforme all' indole della repubblica, quella di Giustiniano, al principio di umanità, che diresse la sua legislazione sulle manomissioni.

Nisi XVII annum impleverit. Ecco un applicazione del principio, che si può avere la facoltà di alienare il proprio schiavo, non altrimenti che gli altri beni, senza che si abbia la facoltà di manometterlo. Benchè si possa far testamento a quattordici anni, pure l'Imperatore decide che non si potrà dare la libertà per testamento, se non ai diciassette. Del rimanente circa otto anni dopo, egli con una Novella dispose, che si potesse manomettere dal momento che si avea la facoltà di far testamento: « *Sancimus ut licentia sit minoribus in ipso tempore, in quo licet eis testari de alia substantia, etiam servos suas in ultimis voluntatibus manumittere* » (Nov. 119, c. 2).

TITULUS VII.

DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDA

Lege Fusia Caninia certus modus constitutus erat in servis testamento manumittendis. Quam, quasi libertates impedientem, et quodammodo invidam, tollendam esse censuimus: cum satis fuerat inhumanum, vivos quidem licentiam habere totam suam familiam libertate donare, nisi alia causa impediat libertatem, morientibus autem hujusmodi licentiam adimere.

TITOLO VII.

DELL' ABROGAZIONE DELLA LEGGE FUSIA CANINIA.

Nel liberare gli schiavi per testamento era ordinato un certo limite dalla legge Fusia Caninia (1), la quale noi abbiamo stimato esser ben fatto di abrogare, come quella che odiosamente quasi impedisce la libertà; essendo pur troppo inumano che, vivendo gli uomini abbiano licenza di poter dare la libertà a tutt' i loro schiavi, se per avventura non fossero per qualche cagione impediti, e morendo poi sia tolta loro così fatta licenza.

Per le manomissioni tra vivi l' interesse del padrone, che privandosi del suo schiavo, si privava d'una proprietà, era fino ad un certo punto una sufficiente garentia, che egli osserverebbe un certo limite nel numero degli schiavi manomessi; ma colui che muore, se non lascia eredi, i quali gli sieno a cuore, non essendo più ritenuto dal personale interesse potrà liberar, senza moderazione, una gran parte de' suoi schiavi per un sentimento di generosità, ovvero di ostentazione. Così in fatti avveniva; e presso i romani tanto orgoglio si poneva a far seguire il convoglio funebre da una folla di schiavi manomessi, decorati del cappello della libertà, quanto oggidì se ne pone, in alcune città, a farlo seguire da una turba di poveri, ai quali si fa dono delle vesti (2). La legge *Furia Caninia* pubblicata quattro anni dopo la legge *Ælia Sentia*, nel 761 sotto il consolato di Furio Camillo, e C. Caninio Gallo (3) stabilì che, se alcuno avea due schiavi solamente potesse manometterli entrambi; se ne avea di più fino a dieci, la metà; più di dieci fino a trenta, il terzo; più di trenta fino a cento, il quarto; più di cento fino a cinquecento, il quinto; ma non si potesse mai per testamento liberarne più di cento. Gli schiavi doveano essere indicati per loro nome. Se si oltrepassava il numero permesso dalla legge, i primi solamente divenivano liberi (4). Tutto ciò che facevasi in frode della legge, era nullo. Dal che si deduceva, che, se i nomi si fossero scritti in cerchio, per modo che non si potessero distinguere i primi dagli ultimi, niuno degli schiavi avrebbe acquistata la libertà (5). Tutto ciò è abrogato.

Della condizione de' libertini.

Comecchè al tempo della pubblicazione delle Istituta non vi fosse più tra gl' ingenui, ed i libertini una distinzione così grande, come al tempo della repubblica di Roma, pure la legge riconosceva tuttora delle differenze. Così, per esempio, un Senatore non avrebbe potuto sposare una schiava fatta libera. Ma sei anni dopo questa promulgazione nel 539 di G. C., Giustiniano con una Novella tolse via siffatte differenze, concedè ai libertini il diritto dell'anello d'oro (6), quello della rigenerazione (abbiamo spiegato ciò che intendevasi per questa pa-

(1) I diversi testi delle Istituzioni dicono *Fusia*, ma in Gaio, ed Ulpiano si legge *Furia*.

(2) *Dione Cas.* 4, 24. (3) *Svet. Aug. c.* 40.

(4) *G.* 1, §. 42 e *seg.*— *Ulp. T.* 1, §§. 24, 25.

(5) *G.* 1, §. 46.

(6) Egli è certo che il diritto di portar degli a-

rola al tit. V), e non conservò altro che i diritti di padronato (1). Lo schiavo riconosceva dal padrone una novella vita, la vita civile, e siccome entrava nella società solo, e senza famiglia, così si reputava in certo modo appartenere alla famiglia del *patronus*. Da ciò ebbero origine i diritti di padronato, che si componevano di tre parti distinte: 1.° *obsequia;* 2.° *operae;* 3.° *jura in bonis*—1. S'intende per *obsequia* tutto ciò che appartiene al rispetto, alla riconoscenza, alla pietà, che il manomesso deve al *patronus*. Il Digesto tratta insieme, e pone nel medesimo ordine, sotto questo riguardo, i doveri de' libertini verso il loro *patronus*, e quelli de'figlinoli verso i loro ascendenti (2): « *Liberto et filio semper honesta et sancta persona patris, ac patroni videri debet* » (3). Il libertino non può citare in giudizio il suo *patronus*, senza averne prima ottenuto il permesso dal magistrato (*sine permissu praetoris*) (4). Non può intentare contro di lui un' azione infamante, nè richiedere da lui oltre a ciò che comportino le sue facoltà, quando si trovi suo debitore (5). Gli deve gli alimenti nel bisogno (6). Chi avesse insultato il suo *patronus*, o commesso un delitto contro di lui era condannato come ingrato a subir qualche pena, o anche a ritornare in servitù, secondo la gravezza della colpa (7)—2.° Per *operae* s'intendono i servigi, che il manomesso prometteva al suo *patronus*, sia che consistessero nel servir come domestico, o nel lavorar come artefice (*sive in ministerio, sive in artificio consistant*). Ma questi servigi non eran dovuti di pieno diritto, ed in virtù della legge. Lo schiavo non vi era tenuto, se non quando il padrone l'avea manomesso con questa espressa condizione, e ne avea ricevuto la promessa con giuramento, o per via di stipulazione. Ordinariamente si stabiliva eziandio fra loro quale dovrebbe essere l' estensione di così fatti servigi (8)—3.° Da ultimo i diritti sui beni del manomesso erano de'diritti di successione, che più innanzi esamineremo (9).

Tra i libertini, o meglio tra gli schiavi ve ne sono alcuni, de' quali non possiamo passarci di ragionare, e son quei che dicevansi *statu liberi*, liberi per destinazione, perchè erano destinati ad ottenere una libertà, che momentaneamente trovavasi sospesa per un termine, o una condizione (*qui statutam, et destinatam in tempus vel conditionem libertatem habet*) (10). « *Il mio schiavo Siro sia libero due anni dopo che l' erede avrà raccolta la mia successione*, ovvero *se finisca di dipingere il padiglione, che ho fatto innalzare.* » Lo schiavo, finchè i due anni non siano trascorsi, o il padiglione non sia dipinto, sarà *statu liber*. In questa posizione non differiva guari dagli altri schiavi, talchè i figliuoli della donna *statu libera* erano schiavi: *Statu liber, quamdiu pendet conditio, servus heredis est; Statu liberi caeteris servis nostris nihilo poene differunt* (11). Il padrone potea ritrarne tutt'i servigi, tutti i frutti; poteva venderlo, donarlo; ma in questi mutamenti di posizione, lo schiavo non perdeva il diritto sospeso, o condizionale, che avea, alla libertà. Così a nulla montava ch' ei fosse passato in mano d' un terzo per vendita, donazione, o legato; dal momento che il termine era trascorso, o la condizione era compiuta, diveniva libero. Si vuole annoverare tra gli *statu liberi* gli schiavi manomessi in frode de'creditori: « *Nam dum incertum est, an creditor jure suo utatur, interim statu liberi sunt* » (12). Ma per costoro vi era ciò di particolare, che infino a che il creditore non impugnava la manomissione, godevano di fatto della libertà. Quanto agli schiavi liberati per fedecommesso, benchè vi fosse grande analogia tra essi, e gli *statu liberi*, non pertanto molte leggi danno a vedere che vi si ponea una differenza (13). Così, l' erede non potea vendere lo schia-

---

nelli anche di ferro, era anticamente riservato a certe classi di cittadini, i senatori, i patrizi, i cavalieri (*Pl. Hist. nat. 33. 1.— Tit. Liv. 23. 11*). Ma questo diritto si estese, e tutti gl'ingenui poteron portare l'anello d'oro. Esso non era il segno di alcuna dignità, dappoichè Giustiniano volendo assomigliare i manomessi agl' ingenui, loro concedè il diritto dell'anello d'oro. *Qui libertatem acceperit, habebit subsequens mox et aureorum annulorum, et regenerationis jus.* (*Nov. 78. C. 1.*) D'allora in poi gli anelli d' oro non indicarono più che la qualità d'uomo libero.

(1) *Nov. 78. C. 1. e. 2.*

(2) *Dig. 37, 14.*

(3) *Ivi 9. f. Ulp.*

(4) *Dig. 2. 4. 4. fr. Ulp.*

(5) *Inst. 4. 6. 38.*

(6) *Dig. 25. 3. 5. §. 19. f. Ulp.*

(7) *Dig. 37. 14. 1. fr. Ulp.; 5. fr. Marcian.; 7. §. 1. fr. Modest.*

(8) *Dig. 38. 1.*

(9) *D. 38 2.*

(10) *D. 40. 7 1. f. Paul. Ulp. Reg. T. 2.*

(11) *Ulp. Reg. 2. § 2. D. 40. 7. 29. f. Pomp. Ivi fr. 9.*

(12) *D. 40. 7. 1. § 1.*

(13) *D. 35. 2. — 37. — 39. 15. 12. §§. 10. e 14.*

vo fatto libero per fedecommesso, e se lo faceva, questi poteva costringere l'erede a ricomprarlo a fine di esser manomesso da lui, e non da altri (1).

Azioni relative ai diritti di libertà, di cittadinanza, e d'ingenuità.

Per la libertà, si dava a chi voleva attaccare un uomo, che passava per libero, pretendendo che fosse schiavo, e appartenesse a lui; del pari davasi un'azione a colui, che passando per ischiavo, per es. perchè era stato nella tenera età rapito dai pirati, e riconoscendo la sua qualità d'uomo libero, voleva dirigersi alla giustizia, per far dichiarare la sua libertà (*ad libertatem proclamare*). Egli poteva ciò fare qualunque fosse la lunghezza del tempo, che era stato in servitù, e se egli ciò non faceva, i suoi figliuoli, ascendenti, o altri parenti potevano reclamare, anche a suo malgrado. Allora avea luogo il giudizio detto *causa liberalis* (2). *Per l'ingenuità*, davasi un'azione a colui che voleva attaccare un uomo, che passava per ingenuo, sostenendo che fosse stato suo schiavo, e che fosse quindi suo libertò. Del pari se ne dava una a colui, che passando per libertino voleva far riconoscere in giudizio, ch'egli fosse ingenuo. Tal'era, per esempio, colui, che, essendo stato venduto dai pirati, era stato manomesso dal compratore. Se, dopo la manomissione, egli riconosceva il suo stato, poteva provare che la manomissione non poteva nuocere ai suoi diritti di nascita, e che egli era ingenuo (3). Questi dovea agire tra i cinque anni dalla manomissione, altrimenti perdeva la sua azione (4); ma Giustiniano, nel Codice, tolse via così fatta prescrizione (5). Queste diverse azioni sullo stato degli uomini erano del numero di quelle, che appellavansi *pregiudiziali* (*praejudicia*), e di cui più appresso ci faremo ad esaminar la natura (6). Esse non potevano intentarsi che innanzi a' giudici superiori (*apud competentes maximos judices*) (7), quali erano i rettori o presidenti nelle province; i pretori, e i consoli in Costantinopoli, ed erano come la sanzione di tutte le regole da noi già innanzi esposte.

TITULUS VIII.

DE HIS QUI SUI, VEL ALIENI JURIS SUNT.

TITOLO VIII.

DI QUELLI CHE SON LIBERI DA SE, O SOTTOPOSTI AD ALTRI.

Qui si tratta degli uomini considerati nella famiglia. È mestieri dipingere la famiglia romana qual'era, secondo i costumi primitivi, per poterne comprendere le vestigia per metà cancellate, che ancor rimanevano al tempo di Giustiniano.

Noi abbiamo di già delineato questo quadro nel suo insieme (*Generalizzazione del diritto romano* p. 10 a 16), ora dobbiam discendere fino ai particolari. Il principio, che innanzi tratto abbiamo stabilito, è che la famiglia romana non è una famiglia naturale, ma una famiglia civile, e che il suo fondamento non è il legame del sangue, ma la *potestà*.

Ciascuna famiglia formava nel mezzo della società generale, una società particolare soggetta ad un regime dispotico. Alla testa trovavasi un capo (*pater familias*) (8) arbitro di se stesso (*sui juris*); nella proprietà di questo capo stavano le persone, che appellavansi *alieni juris*, sottoposte alla potestà altrui, cioè: 1.° gli schiavi; 2.° i figliuoli qualunque fosse la loro età, e i discendenti de' figliuoli maschi; 3.° la moglie in certi casi; 4.° gli uomini liberi, da lui per mancipazione acquistati. La parola *familia*, e più sovente *domus* indicava in un senso generale la riunione di tutte queste parole (*Hist. du droit* p. 61, e *General. del diritto romano* p. 10).

Fra que' che erano *alieni juris*, alcuni non erano altramente congiunti al capo, che pel legame di proprietà, e questi erano gli schiavi, e gli uomini liberi acquistati per mancipazione; altri eran congiunti con lui, e tra di loro pel legame della parentela civile, e questi erano la moglie, i figliuoli, e i loro discendenti. Siffatta parentela dicevasi *agnazione*. La moglie, e i figliuoli sottoposti al capo appartenevano a lui, erano sua proprietà; e tutti compresovi il capo, erano fra loro *agnati*. La parola *familia* in un senso più

(1) *D. 40. 5. 15. f. Modest.*
(2) *D. 40. 12. e 15. — Cod. 7. 16.* (3) *40. 14.*
(4) *D. 40. 14. 2. § 1.*
(5) *C. 3. 22, 6.*
(6) *Inst. 4. 6. 13.*
(7) *C. 3. 22. 6.*
(8) *Pater autem familias appellatur qui in domo dominium habet* (D. 50. 16. 195 § 2. f. Ulp.).

ristretto, ma più frequentemente adoperato che il precedente, dinotava il capo, e la moglie e i figliuoli, sottoposti alla potestà di lui (*General. del diritto romano* p. 10) (1).

Quando il capo moriva, la famiglia, che a lui era sottoposta, si decomponeva in molte piccole famiglie comandate da ciascun figliuolo, che diveniva indipendente; ma il legame di agnazione non si rompeva, esso continuava ad essere tra queste diverse famiglie, ed anche a legare i novelli membri, che nascevano. Si potrebbe dire che il capo primitivo, al quale essi, o i loro ascendenti aveano una volta obbedito, li riuniva ancora sotto la sua autorità, o almeno la ricordanza di questo capo era il legame, che li univa tra loro (*Hist. du droit.* p. 116); questi erano tutti agnati. La parola *familia* in una terza significazione accennava la riunione di tutti questi agnati: riunione, che formava una grande famiglia composta di varie piccole famiglie, le quali alla morte del capo comune erano passate sotto il comando di diversi capi, e non pertanto erano rimaste legate per l' agnazione (*General. del diritto romano* p. 16. Diverse significazioni della parola *familia*) (2).

Alla teoria della famiglia si rannoda immediatamente quella della parentela, di cui abbiamo già esposte le nozioni principali (*General. del diritto romano* p. 14).

La parentela in generale dicevasi cognazione (*cognatio*), e i parenti cognati (*cognati*, *quasi una communiter nati*). La cognazione, dice Modestino, alcune volte procede dal diritto civile, alcune volte dalla natura, ed alcune altre dall' uno e dall' altro insieme. Dalla sola natura, per esempio, per la parentela dal lato delle donne, perchè i figliuoli non sono nella famiglia delle loro madri. Dal solo diritto civile quando proviene da una adozione. Dal diritto civile, e dalla natura, quando è prodotta dalle giuste nozze tra i membri di una medesima famiglia. La cognazione naturale ritiene il nome di *cognazione*, la cognazione civile poi porta altresì questo nome generico, ma più propriamente appellasi agnazione (3).

L'agnazione, relazione puramente civile, non dipendeva in alcun modo, come abbiam veduto, dalla parentela naturale, ma soltanto dalla qualità di membro della medesima famiglia, qualità che risultava da un legame di potestà. A così fatta qualità di agnato il diritto civile de' romani avea annesso tutti i diritti, come quelli di tutela, e di successione, che gli altri popoli attribuiscono al legame del sangue. Chi è nella medesima famiglia, è *agnato*, e gode di tutti i diritti, che da siffatta qualità provengono; chi è in differenti famiglie non è *agnato* e non ha alcun diritto, niente importando se sia parente naturale, o no. L' estraneo introdotto nella famiglia per l' adozione, la moglie per la potestà maritale, vi prendono tutti i privilegi dell' agnazione, ma se uno de' membri della famiglia ne sia uscito per volontà del capo, tutti i suoi legami sono infranti, tutti i vantaggi gli son tolti. Del pari niun diritto è dato ai parenti, quali che essi si sieno, dal lato delle donne, perchè essi non entrano nella famiglia della loro madre; niun diritto finalmente compete nè alla madre rispetto ai figliuoli, nè a questi rispetto alla madre, quando ella non sia legata alla famiglia per la potestà maritale.

La cognazione propriamente detta, cioè la parentela solamente naturale non dava alcun diritto di famiglia, nè diritto di tutela, nè diritto di successione. Il suo principale effetto era di porre, in certi casi ostacolo al matrimonio.

Tale era il diritto civile puro, quanto alle idee generali sulla famiglia, e sulla parentela; ma esso ha subìto delle modificazioni. Sotto il primo rispetto vedremo che il numero delle persone *alieni juris* è scemato; perocchè fin dal tempo de' primi imperadori si cessò di dare in mancipazione gli uomini liberi, e le mogli non più in proprietà de' loro mariti. Sotto il secondo, quantunque si faccia ancora distinzione tra gli agnati ed i cognati, pure si concedono di già parecchi diritti civili alla parentela naturale. I pretori hanno cominciato, gli imperadori hanno aumentato questi diritti, e Giustiniano infine li ha consacrati.

Dopo questo quadro generale discendiamo ai particolari.

Sequitur de jure personarum alia divisio. Nam

---

(1) *Jure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura, aut jure subjectae* (Ivi). — *Familiae appellatione et ipse princeps familiae contingtur* (Ivi f. 196. Gai.).

(2) *Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum. Nam et si patrefamilias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes quae sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiae appellabantur, qui ex eadem domo et gente proditi* (D. 50. 16. 195. §. 4. f. Ulp.).

(3) *D. 38. 10. 4. §. 2. f. Mod.*

quaedam personae** sui juris **sunt**, **quaedam alieno juri subjectae sunt. Rursus earum quae alieno juri subjectae sunt** aliae sunt in potestate parentum, aliae in potestate dominorum. **Videamus itaque de his, quae alieno iuri subjectae sunt; nam si cognoverimus quae istae personae sunt, simul intelligemus quae sui juris sunt. Ac prius dispiciamus de his, quae in potestate dominorum sunt.

Seguita un'altra divisione del diritto delle persone, perciocchè alcune persone sono di propria ragione, ed alcune altre sono sottoposte all'altrui potere: e di quelle persone che sono sottoposte ad altri, *alcune sono in potestà de' padri, ed alcune altre in potestà de' padroni*. Vediamo adunque di coloro, che son sottoposti all'altrui potestà; che se noi conosceremo quali sieno queste persone, intenderemo in un tempo medesimo quali sian quelle altre che son libere e di propria ragione. E prima guardiamo di coloro, i quali sono in potestà de' padroni.

Sui juris. Da una parte ***jus*** derivato da ***jussum*** significa nel suo senso primitivo *ordine, comandamento*, che è in certo modo sinonimo di potestà (1). D'altra parte il capo di famiglia era il solo che avea un diritto a se: diritto di proprietà, diritto di credito, tutto in origine si concentrava in lui: que' che gli erano soggetti non aveano diritto proprio, ma faceano parte, e si rendevano una dipendenza del suo diritto. Ecco donde son venute le espressioni di ***sui juris***, ***alieni juris***, per dire padrone di se stesso, o sottoposto al potere di altri. Quei che non sono sotto la potestà di alcuno (***sui juris***) prendono il nome di ***pater familias*** per gli uomini, e ***mater familias*** per le donne, qualunque sia la loro età, queste parole non indicano affatto la qualità di padre o di madre, ma solamente quella di capo di casa; per modo che il figliuolo, che nasce indipendente (***sui juris***), fin dall'istante della nascita è ***pater familias***: « ***Patres familiarum sunt qui sunt suae potestatis, sive puberes, sive impuberes, simili modo matres familiarum; filii familiarum et filiae, quae sunt in aliena potestate*** » (2). Non pertanto l'epiteto di ***mater familias*** non si dava mai alle donne disonorate per rei costumi (3).

Aliae sunt in potestate parentum, aliae in potestate dominorum. Le Instituzioni non indicano se non due classi sottoposte alla potestà di altri, gli schiavi ed i figliuoli; la ragione è che al tempo di Giustiniano effettivamente non ve ne erano altre, ma prima di quest' epoca bisogna aggiungervi la moglie venuta in potestà del marito, e l'uomo libero dato in mancipazione: e queste differenti specie di potestà si erano pure con particolar nome designate. Dicevasi ***potestas*** la potestà del capo sugli schiavi, e suoi figliuoli; ***manus*** il suo potere sulla moglie; ***mancipium*** sull' uomo dato in mancipazione. « *Earum personarum, quae alieno juri subjectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt* » (4).

POTESTA' DEL CAPO SUGLI SCHIAVI E I SUOI FIGLIUOLI (*potestas*).

I. In potestate itaque dominorum sunt servi: quae quidem potestas, juris gentium est; nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem fuisse; et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiri.

1. Sono adunque in potestà de' padroni gli schiavi, la qual potestà è di diritto delle genti, e noi possiamo vedere egualmente appresso tutte le genti, che la vita e la morte degli schiavi è nelle mani de' padroni, e che ciò che acquista lo schiavo l'acquista al padrone.

La potestà del padrone si applica a due cose, alla persona, ed ai beni. Quanto alla persona, il padrone avea il diritto di vita, e di morte; quanto ai beni, tutto ciò che lo schiavo aveva o acquistava, apparteneva al suo padrone. Questo è il diritto primitivo: esaminiamo ora le modificazioni, che subì (V. *Hist. du droit*, p. 31, 61, 178, 247).

La potestà del padrone sulla persona rimase intatta sino alla fine della repubblica, ma di poi fu notabilmente scemata anche prima dell'introduzione del cristianesimo, che venne più tardi ad esercitare su tal materia una incontestabile influenza. Da prima per la legge *Petronia*, che noi sappiamo da un passo delle Pandette, di aver tolto ai padroni la facoltà di costringere da se stessi i loro schiavi a combattere con le belve. « *Post legem Petroniam et senatus-consulta ad eam legem pertinentia, dominis potestas ablata est ad bestias depugnandas suo arbitrio servos tradere. Oblato tamen judici servo, si justa sit domini querela, sic poenae tradetur* » (5). Haubold, ed Hugo pongono questa legge negli ultimi anni del regno di Augusto (an. 764 di R.), quantunque Otomano, ed altri autori la rapportino all'anno 814, sotto Ne-

(1) *Theoph. hic.*
(2) *D. 1. 6. 4. f. Ulp.*
(3) *D. 50. 16. 46. f. ejusd.* (4) *Gai. 1. 49.*
(5) *D. 48, 8, 11, § 2, f. Modest.*

rone, epoca, nella quale non vi erano più nè leggi, nè plebisciti. Adriano (870 di R.), secondo ne insegna Sparziano (1), vietò di mettere a morte gli schiavi senza una condanna del magistrato; e noi sappiamo che quest' Imperadore relegò per cinque anni una donna, che avea trattati crudelmente i suoi schiavi: « *Divus etiam Hadrianus Umbriciam quamdam matronam in quinquennium relegavit, quod ex levissimis causis ancillas atrocissime tractasset* » (2). Finalmente Antonino Pio (914 di R.) punì come omicida qualunque padrone avesse ucciso il suo schiavo, e trovò modo che non fossero questi troppo crudelmente trattati. Costantino confermò siffatte disposizioni, permettendo solamente ai padroni di flagellare moderatamente i loro schiavi (3), e Giustiniano conservò in vigore le costituzioni di questi due imperadori.

II. ***Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio nostro sunt, licet,*** **sine causa legibus cognita,** ***in servos suos supra modum saevire. Nam ex constitutione divi Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri jubetur, quam qui*** **alienum occiderit.** ***Sed et major asperitas dominorum, ejusdem principis constitutione coercetur; nam consultus a quibusdam praesidibus provinciarum de his servis, qui ad aedem sacram, vel*** **ad statuam principum confugiunt,** ***praecipit ut si intolerabilis videatur saevitia dominorum, cogantur servos suos*** **bonis conditionibus** ***vendere, ut pretium dominis daretur; et recte. Expedit enim reip. ne sua re quis male utatur.*** **Cujus rescripti** ***ad Ælium Martianum emissi verba sunt haec: Dominorum quidem potestatem in servos suos illibatam esse oportet, nec cuiquam hominum jus suum detrahi, sed*** **dominorum interest,** ***ne auxilium contra saevitiam, vel famem, vel intolerabilem injuriam denegetur iis, qui juste deprecantur: ideoque cognosce de querelis eorum qui ex familia Julii Sabini ad statuam confugerunt; et, si vel durius habitos quam aequum est, vel infami injuria affectos esse cognoveris, venire jube, ita ut in potestatem domini non revertantur. Qui si constitutioni meae*** **fraudem fecerit,** ***sciet me admissum se verius executurum.***

2. Ma in questi tempi non è lecito ad uomo alcuno sottoposto al nostro imperio incrudelir oltremodo contra i suoi schiavi ***senza cagione riconosciuta dalla legge;*** **perciocchè per la costituzione dell' Imperatore Antonino Pio si comanda che chi ammazzerà il suo schiavo senza cagione, sia punito non altrimenti che se** ***avesse ammazzato lo schiavo d' altri.*** **Eziandio ogni grande asprezza de' padroni si affrena per la costituzione del medesimo Principe, poichè Antonino addimandato da certi Presidenti di Province ciò che si avesse a fare nel caso di quegli schiavi che si rifugiano ne' sacri asili o** ***alla statua del Principe,*** **comandò che, se si vedesse, la crudeltà de' padroni essere intollerabile, fossero astretti,** ***sotto buone condizioni*** **a vender gli schiavi, acciocchè ne cavassero il prezzo; ed è ben fatto; perocchè importa molto alla repubblica, che niun uomo usi le cose sue malamente. Le parole del qual rescritto mandato ad Eliano Marziano son queste: bisogna che la potestà, che hanno i padroni sopra i loro schiavi sia intatta, acciocchè non si defraudi alcuno delle sue ragioni. Ma** ***importa eziandio a' padroni,*** **che non si nieghi dar aiuto contro la crudeltà, la fame, e la intollerabile ingiuria, a coloro che giustamente lo chieggono. E però ascolterai le querele di coloro, i quali dalla famiglia di Giulio Sabino son rifuggiti alla statua: e se tu vedrai che essi sieno trattati più aspramente di quel che loro conviene, o con notabile ingiuria offesi, comanda che sieno venduti, in maniera che non ritornino più in potestà del loro padrone. Il qual Sabino se** ***farà frode*** **contra l'ordine mio, sappia che io lo castigherò severamente per quel che egli commetterà.**

Sine causa legibus cognita. Il padrone avrebbe avuto una cagione legittima di uccidere il suo schiavo, se l' avesse sorpreso in adulterio con sua figlia o con sua moglie (4), o se assalito da lui fosse stato costretto di ucciderlo per difendersi (*Teofilo hic*).

Qui alienum occiderit. L' uccisore dello schiavo altrui poteva esser perseguitato in forza della legge Cornelia come omicida, e come tale punito di morte, o di deportazione: « *Si dolo servus occisus sit et lege* Cornelia *agere dominum posse constat* » (5). Così il padrone, che senza cagione avrà ucciso il suo schiavo sarà punito nel medesimo modo.

Ad statuam principis confugiunt. I tempi, le statue dei principi erano degli oggetti sacri; essi offrivano un rifugio, che non era dato violare, senza rendersi colpevole di sacrilegio, o di lesa maestà (6). E però gli schiavi, che vi si rifuggivano, scampavano per un momento alla crudeltà de' loro padroni.

Bonis conditionibus. Nella vendita degli schiavi si avea in costume di apporvi delle condizioni più sovente favorevoli, ma talvolta sfavorevoli allo schiavo. Trovasi nel Digesto un titolo consacrato all' esame di siffatte condizioni (7) presso a poco come queste: che lo schiavo venduto sarà mano-

(1) *In Hadrianum C. 18.*
(2) *D. 1, 6, 2* in fin. *f. Ulp.*
(3) *C. 9, 14.*
(4) *D. 48, 5, l. 20, e 24.*
(5) *D. 9, 2, 23, § 9, f. Ulp.—D. 48, 8, 1, § 2, f. Marc.*
(6) *C. 1, 12.—Ivi 25.—Seucc. 1, de Clem. c. 18.*
(7) *Dig. 18, 7.*

messo nella tale epoca, che la donna schiava non sarà prostituita, che lo schiavo non potrà restare a Roma, che sarà trasportato nel tale paese lontano, che sarà adoperato ne' lavori più duri, che sarà continuamente in catene etc. Antonino vietò che il padrone potesse per via di condizioni somiglianti a queste ultime colpire del suo odio lo schiavo fin nelle mani del compratore (*Teofilo hic*).

Cujus rescripti. Qui abbiamo l' esempio d'un rescritto. È agevole di vedere il fatto che vi diè luogo. Un cittadino per nome Sabino opprimeva con duri trattamenti parecchi de' suoi schiavi, i quali per isfuggirgli ripararono presso la statua del principe, ed implorarono la protezione di Elio Marciano presidente della provincia. Questi non avendo alcuna legge per decidere, s' indirizzò all'imperadore, e lo richiese di ciò che egli dovea fare; noi abbiamo la risposta d'Antonino (*Theofilo*).

Dominorum interest: importa agli stessi padroni, perchè gli schiavi ridotti alla disperazione potrebbero darsi la morte, o prender la fuga (*Teofilo*).

Fraudem fecerit. Per esempio convenendo tacitamente col compratore che lo schiavo gli sarà renduto, o mettendo una condizione tacita contraria allo schiavo (*Theofilo*).

Sui beni. L'antico diritto è stato sempre conservato nel suo rigore; lo schiavo essendo egli stesso nel novero delle cose del suo padrone, non può aver nulla che a questo non appartenga. Se egli guadagna qualche cosa con la sua industria, se trova un tesoro, se riceve una donazione, un legato, una eredità, tutto acquista pel suo padrone. Nondimeno spesso i poeti, gl' istorici, i giureconsulti han fatto parola del peculio degli schiavi (*peculium*). Questo era una massa di beni, che il padrone separava dalle altre sue proprietà, e ne lasciava allo schiavo l' amministrazione ed il godimento. Lo schiavo studiavasi col suo lavoro di aumentare il suo peculio; benchè a rigore di diritto questo peculio appartenesse al padrone, pure lo schiavo ne godeva, e col tempo i padroni perderono eziandio per la forza de' costumi la facoltà di privarnelo arbitrariamente. Che anzi bene spesso avveniva che lo schiavo comprava la sua libertà cedendo in cambio questo peculio (1).

TITULUS IX.

DE PATRIA POTESTATE.

TITOLO IX.

DELLA POTESTÀ PATERNA.

Il capo della famiglia proprietario dei suoi figliuoli come de'suoi schiavi, avea de'diritti sulla loro persona e sui loro beni. Sulla loro persona diritto di vita e di morte, diritto di venderli, e di esporli (2) (*Hist. du droit*. p. 31, 61). La storia ci ha tramandato l' esempio di più d'un padre giudicante il suo figliuolo in un'assemblea di famiglia e pronunziante contro di lui la condanna di morte (3). Dipoi l'amore paterno, i costumi, e quindi le leggi temperarono così fatta potestà. Un frammento del Digesto ci fa noto che Trajano (an. 857 di R.) costrinse un padre a liberar dalla sua potestà il proprio figliuolo, perchè inumanamente lo avea trattato (4). Parimente Adriano (870 di R.) condannò alla deportazione un padre, che alla caccia avea ucciso il suo figliuolo, quantunque costui fosse colpevole di adulterio con la sua matrigna; perocchè, dice Marciano, che rapporta il fatto, *patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere* (5). Ulpiano in uno de' suoi scritti diceva, che un padre non può uccidere il proprio figliuolo senza un giudizio, e ch' egli deve accusarlo innanzi al Prefetto, o al Presidente (6). Alessandro Severo (981 di R.) scriveva ad un padre in una costituzione inserita nel Codice: « la vostra potestà paterna vi dà il diritto di castigar vostro figlio, e se egli persevera nella sua mala condotta, voi ricorrendo ad un mezzo più severo, potete tradurlo innanzi al presidente della provincia, il quale pronunzierà la sentenza che voi domanderete (7).

Infine troviamo pure nel Codice una costituzione di Costantino (1065 di R.), la quale condanna alla stessa pena del parricida il padre che abbia ucciso il suo figliuolo (8). Per tal modo noi vediamo che quando la repubblica fu scomparsa, ed il diritto naturale e delle genti si fu insinuato nella legislazione, il potere di correzione de'padri sui loro figliuoli fu contenuto ne' giusti confini. Del pari fu limitato il diritto di disporne. Il padre da prima poteva vendere i figliuoli, che avea sotto la sua potestà (*man-*

(1) *C. Theod. 4. 8 const. 5.*
(2) *D. 28, 2, 11.—Gaius 1,* § *117.* C. *8, 52, 2.*
(3) *Dionig. d'Alicarn. 2, 4. — Valer Mass. 5, c. 8.—Quintil. decl. 3.*
(4) *D. 37, 12, 5. f. Papin.*
(5) *D. 48, 9, 5, f. Marc.*
(6) *D. 48, 8, 2.*
(7) *C. 8, 47, 3.*
(8) *C. 9, 17.*

cipare); poteva, quando aveano recato qualche danno, farne l'abbandono per riparazione (*noxali causa mancipare*): egli per tal modo non li rendeva schiavi (1), ma ponevali sotto una specie di potestà particolare, che noi fra poco ci faremo ad esaminare (*in mancipio*). Al tempo di Gaio (925 di R.), la vendita solenne de' figliuoli era ancora in uso (*mancipatio*); egli è vero però che il più delle volte non era che finta ed avea, come vedremo, lo scopo di liberarli dalla paterna potestà (2); quanto all'abbandono per riparazione di un danno, questo continuavasi a fare seriamente, ma pei figliuoli soltanto, non già per le figliuole (3). Gli scritti di Paolo (965 di R.) ci fan noto che al suo tempo le vendite reali de' figliuoli non avean luogo che nel caso di estrema miseria (*contemplatione extremae necessitatis, aut alimentorum gratia*) (4); ma l'abbandono del figliuolo per riparazione del danno, che avea cagionato, era tuttavia in uso (5).

Diocleziano e Massimiano (1039 di R.) dicono in un rescritto inserito nel Codice, che è fuor di dubbio (*manifestissimi juris*), che i padri non possono dare i loro figliuoli nè in vendita, nè in donazione, nè in pegno. Non pertanto Costantino (1059 di R.) permette di venderli, ma solamente all'uscire dal seno materno (*sanguinolentes*), e quando vi si è astretto da estrema miseria (*propter nimiam paupertatem, egestatemque victus*); questo ultimo diritto si è conservato nella legislazione di Giustiniano, dappoichè è stato inserito nel Codice (6). Quanto all'abbandono per riparazione, le stesse Istituzioni ne dicono esser andato in disuso, e non poter più aver luogo (7); e finalmente quanto alla esposizione, questa già da gran tempo era stata condannata dalle leggi (8).

Relativamente ai beni, i diritti del padre erano tanto estesi sul figlio, quanto sullo schiavo. Al pari di questo il figliuolo non poteva aver nulla che non appartenesse al padre, nulla acquistare che non fosse a guadagno di suo padre. Egli poteva possedere un peculio, ma, come lo schiavo, non ne avea che un godimento precario. Nondimeno il diritto primitivo su tal materia venne anche modificato riguardo al figliuolo, mentrechè nol fu mai per lo schiavo. Sotto i primi imperatori si separarono dagli altri beni quelli, che il figliuolo avea acquistati nell'esercito (*castrense peculium*); Costantino separò anche quelli acquistati negl'impieghi di corte (*quasi castrense peculium*); di poi quelli ancora che gli eran pervenuti dalla madre. E per tal modo si formarono de' peculii, sui quali i figliuoli di famiglia ebbero de' diritti più o meno estesi. Del rimanente noi tratteremo di questa materia a suo luogo (9).

Ora che conosciamo i principali effetti della potestà paterna, vediamo su chi essa si estende.

Essa si acquistava in tre modi: 1.° per le giuste nozze; 2.° per la legittimazione: 3.° per l'adozione. Facciamoci a discorrerne successivamente.

In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreavimus.

Sono in nostro potere i nostri figliuoli, i quali noi generammo di giuste nozze.

Bisogna ben notare le parole *ex justis nuptiis*. Perocchè non ogni matrimonio produceva la potestà paterna, ma solo quello, che i romani appellavano giuste nozze, matrimonio leggittimo, (*justae nuptiae, justum matrimonium*).

1. *Nuptiae autem, sive matrimonium, est viri et mulieris conjunctio, individuam vitae consuetudinem continens.*

1. Le nozze ovvero il matrimonio è la congiunzione dell'uomo e della donna contenente tra loro inseparabile consuetudine della vita.

Questa è una definizione generale delle nozze o matrimonio: vedremo tra poco quali sono le condizioni, che debbono concorrere perchè vi abbia *giuste nozze*.

II. *Jus autem potestatis, quod in liberos habemus proprium est civium romanorum; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.*

2. Il diritto, che abbiamo della potestà ne' figliuoli è proprio de' cittadini romani, giacchè non vi sono altri popoli che abbiano l'uguale potestà ne' figliuoli, quale l'abbiam noi.

La potestà paterna era di diritto civile;

(1) *C. 8, 47, 10. — Gai. 1, § 117.*
(2) *Gai. 1, § 117, e 118.*
(3) *Gai. 4, §§ 75, e seg.*
(4) *Paul. Sent. 5, 1, §. 1.*
(5) *Id. 2 31, § 9. — D. 43, 28, 5, § 4, f. Ulp.*
(6) *C. 4, 43 1, e 2.*
(7) *Inst. 4 8, 7.*
(8) *8. 52.* (9) *Inst. 2. 9.*

bisognava esser cittadino per poterla acquistare, ed in ciò era ben differente dalla potestà sugli schiavi, la quale essendo di diritto delle genti, apparteneva a qualsivoglia proprietario. Oltre a ciò dalla costituzione e dalle leggi di Roma aveva essa ricevuto un carattere singolare, che non si troverebbe altrove. Non pertanto Gaio fa menzione de'Galati come quelli che aveano un potere somigliante a quello de'romani (1). E di fatti la proprietà assoluta del padre sui figliuoli ritrovasi nelle epoche di barbarie, nelle civiltà incipienti.

III. ***Qui igitur ex te et uxore tua nascitur in tua potestate est. Item qui ex filio tuo et uxore ejus nascitur, idest nepos tuus et neptis, atque in tua sunt potestate, et pronepos et proneptis, et deinceps caeteri. Qui autem ex filia tua nascitur in potestate tua non est, sed in patris ejus.***

3. Colui adunque che nasce di te, e della tua moglie è in tua potestà. Similmente chi nasce del tuo figliuolo e della sua moglie, cioè il tuo nipote e la tua nipote sono in tua potestà, e così il pronipote, è la pronipote e tutti gli altri. Ma quelli che nascono della tua figliuola non sono in potestà tua, ma del padre loro.

Il capo di famiglia aveva sotto la potestà paterna primamente tutti i suoi figliuoli di primo grado. Se i figliuoli si maritavano, il matrimonio non li liberava da siffatta potestà; se aveano de'figliuoli non prendevano su di questi il potere paterno, ma tutti i figliuoli, e i discendenti di costoro si trovavano insieme sottoposti al medesimo capo, al padre di famiglia, ed invecchiavano sotto il suo potere sino alla sua morte, se pure qualche occasione non ne li avesse fatti uscire più presto. Per questo modo la famiglia aumentavasi di tutte le nascite sopravvenute di maschio in maschio. Quanto alle figliuole, queste andando a marito, è vero che non sempre uscivano dalla loro famiglia paterna, ma i loro figliuoli non entravano mai in questa famiglia; essi erano in potestà del padre loro, o del capo di famiglia, al quale il padre loro era sottoposto, e non già in potestà del loro avo materno. Ecco perchè sovente noi diciamo, che i discendenti da donne non sono agnati, ma semplicemente cognati. Ed anche quando una donna era padrona di se stessa (*sui juris*), ed avea de' figliuoli nati di giuste nozze, o di qualunque altro congiugnimento, essa non prendeva mai su di loro la paterna potestà, che solo agli uomini erano riserbata. Così dice Ulpiano, che la famiglia, della quale una donna *sui juris* trovasi capo (*mater familias*), comincia, e finisce in lei: « *Mulier autem familiae suae et caput et finis est* » (2).

TITULUS X.

DE NUPTIIS.

TITOLO X.

DELLE NOZZE.

In questa materia dobbiamo porre da banda le idee della nostra legislazione, ed anche i termini della nostra lingua.

Nuptiae, matrimonium più frequentemente sono delle locuzioni generiche, le quali indicano l' unione dell' uomo e della donna in una comunione indivisibile, e possono applicarsi a qualunque matrimonio, anche a quelli degli stranieri. Ma i giureconsulti quando vogliono spezialmente designare il matrimonio, secondo il diritto de' romani, hanno cura di dire *justae nuptiae, justum matrimonium* (3). Solo dalle giuste nozze provenivano la paterna potestà, la parentela civile (*agnatio*), i diritti di famiglia, in una parola esse erano il solo matrimonio civile; in esse la donna prendeva il nome di *uxor*, il marito di *vir* (4).

Il commercio d'un uomo con una concubina (*concubinatus*) non era un delitto; le leggi lo permettevano, anzi ne aveano stabilite le regole; esso era molto frequente; ma non era punto onorevole, sopra tutto per la donna. Quanto all'unione degli schiavi (*contubernium*), essendo abbandonata alla sola natura, non produceva che de' legami puramente naturali.

Facciamoci da prima a trattare delle giuste nozze.

Il matrimonio, siccome uno degli atti più importanti della vita umana, è stato ragionevolmente posto in tutte le nazioni sotto una protezione superiore, ed accompagnato dalla invocazione della divinità; anche presso i romani gli Dei del paganesimo intervenivano alla sua celebrazione, e quando la religione cristiana divenne la religione dello stato, questa non potè mancare di santificarlo con le sue cerimonie; ma in ogni tempo, anche sotto Giustiniano questo intervento fu puramento religioso, senza

(1) *Gai. 1, § 55.*
(2) *D. 50, 16, 195, §. 5.*
(3) *Ulp. Reg. T. 5, §§. 1, e 2.*
(4) V. Generl. del diritto romano n.° 17.

carattere legale; il matrimonio non fu considerato che come contratto civile, ed ebbe a trascorrere assai lungo tempo, prima che la Chiesa pensasse doversene, a titolo di Sacramento, esclusivamente impadronire. Il matrimonio non era soggetto ad alcuna sollennità. I romani non aveano elevato la sua celebrazione ad atto pubblico con intervento della società, ma aveano lasciato questo contratto assolutamente nella classe degli atti privati.

L'opinione generalmente ricevuta è che il matrimonio presso di loro si formava pel solo consenso. Io penso al contrario che era nel numero de' contratti reali, e che, conformemente a tutti i contratti di questa specie, avea mestieri della tradizione, per esser perfetto (*re contrahebatur*) (1). Era assolutamente necessario che vi fosse la tradizione della moglie al marito, che la moglie fosse messa a disposizione del marito; fino a questo punto vi era un semplice progetto di matrimonio (2).

I contratti puramente consensuali possono farsi tra assenti per lettera, o per messaggio, non meno che tra presenti (3). Al contrario nel diritto romano è formalmente dichiarato, che la donna assente non può maritarsi nè per lettera, nè per messaggio (4). Dunque si richiedeva qualche altra cosa oltre il semplice consenso.

Quando il matrimonio è formato, quando il giorno, l'ora, il momento stabilito è venuto, tutte le parti consentono che esista, e non pertanto vi manca ancora qualche cosa (5). Il consenso non basta per la sua perfezione; qual'è dunque l'atto che gli dà l'esistenza? È forse qualche solennità, una scrittura, de' testimoni specialmente chiamati? Niente affatto; in diritto romano non v' ha necessità di siffatte cose (6). Questo caso è la tradizione della moglie al marito. Le espressioni *uxorem ducere*, *uxor duci*, per dire prender moglie basterebbero per farne presentire la dimostrazione.

Ma come si eseguiva la tradizione della donna?

Da prima si vuol sapere, che le forme graziose e simboliche, delle quali i costumi aveanla rivestita, e la pompa delle quali cresceva secondo la fortuna degli sposi, non erano per nulla richieste dalle leggi. Così il *flammeum*, che velava la fidanzata (7), la rocca, il fuso, il filo ch' ella portava (8), il suo andare verso la casa nuziale, gli arazzi sospesi, e le verdi foglie, che decoravano questa casa (9), le chiavi che a lei si consegnavano (10), le parole consacrate, il ricevimento con l'acqua ed il fuoco, e tutte quelle allusioni mitologiche, di cui troviamo i particolari presso i poeti, e qualche volta anche presso i giureconsulti (11), non erano necessarî alla validità del matrimonio, più che oggidì non sono il ve-

---

(1) Vedi (*Themis an. 1830 t. 10, p. 496.*) una dissertazione, nella quale ho stabilita così fatta opinione. Il mio dotto collega *Ducaurroy* professa un altro sistema: egli fa una distinzione ingegnosa tra *nuptiae*, e *matrimonium*· *nuptiae*: son le cerimonie, *matrimonium* è il contratto; per le cerimonie bisogna assolutamente la presenza della donna, per il contratto basta il consenso. Così tutti i testi, che parlano della presenza si applicheranno alle cerimonie; tutti quelli, che parlano del solo consenso, al contratto. — Per certo l'origine della parola *nuptiae* (*da nubere* velarsi) è esattissima, ma questa parola è stata di poi sempre adoperata come perfettamente sinonima del contratto. E però se ne dà la positiva definizione: « *nuptiae sunt conjunctio maris et foeminae etc.* (*Dig. 23. 2. 1. f. Modest.*); e però si legge da per tutto *nuptias contrahere.* (*Ivi fr. 3. 10. 11. 12. § 1.*); *e fr. 16.* « *nec nuptiae essent* », quantunque le cerimonie abbiano avuto luogo. Finalmente i giureconsulti precisamente parlando delle *nuptiae* dicono «*Sponsalia, sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt*» (*Dig. 23. 1. 11. f. Julian.*); — *Nuptias non concubitus sed consensus facit* » (*Dig. 35. 15. e 50. 17. 30. f. Ulp.*). Adunque non è più permesso di prendere la parola *nuptiae* a proprio talento, secondo che convenga alla propria opinione, talvolta per cerimonie, e tal' altra per contratto. — Notate che ne' testi *consensus* interviene sempre per contrapposto sia ad ogni scrittura, sia alle cerimonie di semplice uso, sia alla coabitazione.

(2) Quando la tradizione erasi compiuta per la mancipazione col pezzo di metallo e la bilancia, o con le formalità religiose e patrizie della confarreazione, la donna diveniva la proprietà del marito, in altro caso era necessario, che fosse acquistata come ogni altra cosa mobile pel possesso di un anno senza interruzione (*usucapio*) (*Gai. § 109 e seg.*). Tutto ciò è perfettamente in armonia.

(3) *Inst. 3, 22, §. 2. — Dig. 18, 1. §. 2, fr. Paul. 17, 1, 1, §. 1, fr. Paul.*

(4) *Paul. Sent. 9, 19, § 8. — Dig. 23, 2, 5, fr. Pomp.* ed ancora *6, fr. Ulp.* ben compreso. La moglie ivi è assente per rispetto al marito, ma non già rispetto al suo domicilio, e la pruova è ch'egli vi ritorna traversando il Tevere.

(5) *Dig. 24, 1, 27. — Mod. Vat. J. R. Frag. § 36.*

(6) *Cod. 5. 4, const. 9. 13, e 22.*

(7) Specie di velo giallo. Vedi Festo alle parole *senis*, *caelibaris*, *cingulum*, *flammeum*, *nuptiae* — Plinio lib. 8. c. 48. — Lucano *De bello phars.* 2.

(8) Plinio lib. 8. c. 48.

(9) Giovenale sat. 6. vers. 235. — Sat. 10. vers. 322. (10) Festo alla parola *clavis*.

(11) *Dig. 24, 4, 66, § 1, framm. di Scev.* dove questo giureconsulto parla egli stesso del ricevimento con l'acqua e col fuoco (*priusquam aqua et igni acciperetur*).

lo bianco, che ricopre il volto della donna maritata, la corona di fiori di arancio, che fregia i suoi capelli, la festa ed il ballo che seguono all'imeneo.

La tradizione della donna pel matrimonio era soggetta alle regole ordinarie del diritto intorno alla tradizione. Era necessario che il marito fosse in un modo qualunque messo in possesso della donna.

Or come si fa in diritto romano la tradizione?

Essa ordinariamente ha luogo quando il creditore prende l'oggetto, che gli è dovuto, o quando il debitore egli stesso lo reca al suo creditore. Quest'ultimo modo fu per usanza seguito nel matrimonio; la donna in pompa nuziale, con canti, e ghirlande era menata al suo marito, e la gioia del corteggio, le delizie della poesia, il profumo de'fiori ornavano la rozza semplicità del diritto.

Ma la tradizione ha luogo eziandio, senza che la cosa sia recata in mano o in casa del creditore, quando in qualsivoglia altro modo sia messa a disposizione di lui. Ciò avviene secondo i testi, e pel debitore, che deposita innanzi al creditore il danaro, che gli paga (1), e pel venditore, che mostra al compratore il fondo, che gli cede (2). Che anzi basta, dice una legge, che le parti consentano alla tradizione in presenza della cosa (*si in re praesenti consenserint*); il possesso allora si prende non col corpo e e col tatto, ma con gli occhi, e con l'intenzione (*sed oculis et affectu*). In fatti era malagevole richiedere di più per gli oggetti, i quali per loro natura, o per il peso non possono tramutarsi da un luogo in un altro (3).

In conseguenza di questi principî generali, affinchè avesse luogo la tradizione della donna, non era indispensabile che il marito se ne fosse corporalmente impadronito, o che ella fosse menata in casa di lui: bastava che la donna fosse messa, ovvero (se era *sui juris*) si fosse messa da se stessa nel possesso del marito: *si in re praesenti consenserint; solo affectu* (4).

Ecco in qual senso un gran numero di frammenti parlano del solo consenso, della sola intenzione (*solus affectus*) come sufficiente a costituire il matrimonio: quando il marito e la moglie sono in presenza l'uno dell'altra, il solo consenso opera la tradizione (5);

Ecco perchè la donna assente non può maritarsi per lettera, o per messaggio; perchè per la tradizione è necessario almeno che la moglie si trovi in presenza del marito;

Ecco perchè l'uomo assente può al contrario contrar matrimonio per lettera o per messaggio, se la moglie sia menata nel domicilio di lui (*si in domum ejus deduceretur*) (6); perchè allora vi ha tradizione secondo le regole generali del diritto (7).

Ecco perchè frequentemente può avvenire, che la moglie non sia menata in casa di suo marito se non dopo il matrimonio (*deductio plerumque fit post contractum matrimonium*) (8); in fatti perchè il fidanzato non verrebbe egli qualche volta a prendere la sua fidanzata nella casa paterna, e passarvi anche con lei qualche giorno in mezzo alla sua nuova famiglia, prima di menarla nella casa conjugale?

Ecco come, in senso inverso, la fidanzata condotta qualche giorno prima del matrimonio nella casa di colui, che ella deve sposare, non gli è ancora effettualmente data; essa non è per lui che un deposito, e non diverrà sua moglie (*uxor*), che quando passando dall'appartamento separato, in cui abita, a quello di suo marito, e riunendo il consenso al fatto, la tradizione sarà compiuta (9);

Ecco perchè la concubina non differiva dalla moglie, come vedremo fra poco, che per la sola intenzione (10). Il fatto corporale della tradizione vi era a suo riguardo, ma l'intenzione, che costituisce la tradizione legale mancava.

---

(1) *Dig, 46, 3, 79, fr. Javol.*

(2) *Dig. 41, 2, 18, § 2, fr. Cels.*

(3) « *Non est enim corpore, et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam* oculis et affectu; *et argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas; nam pro traditis (eas) haberi si in re praesenti consenserint* ». Dig. 41,2,1 § 21 fr. Paul.

(4) *Cod. 5, 17, 11, pr. const. Justin.*

(5) *Dig. 35, 1, 15, 24, 1, 66, pr.—50, 17, 30. Cod. 5, 4, 9.*

(6) Paul. Sent. 2, 19 § 8. — « *Mulierem absenti per litteras ejus vel per nuntium posse nubere placet* si in domum ejus deduceretur. *Eam vero quae abesset ex litteris vel nuntio (suo) duci a marito non posse: deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum: quasi in domicilium matrimonii* ». Dig. 23, 2, 5, fr. Pomp.

(7) « *Si venditorem quod emerim deponere in mea domo jusserim: possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit* ». Dig. 41, 2, § 2, fr. Cels.

(8) *Dig. 24, 1, 66, pr. f. Scaev.*

(9) *Dig. 24, 1, 66, § 1.*

(10) *Dig. 25, 7, 4, fr. Paul.*

Pel medesimo principio si risolvono un numero di apparenti difficoltà (1). Adunque bisogna tener per fermo che il matrimonio, in diritto romano, si formava per consenso e per la tradizione della donna in qualsivoglia modo avvenuta, secondo le regole comuni del diritto sulla tradizione.

Alcune volte si distendeva un atto sia per regolare le convenzioni relative ai beni (*instrumenta dotalia*), sia per comprovare il matrimonio (*nuptiales tabulae, instrumenta ad probationem matrimonii*); ma questi atti erano semplicemente mezzi di pruova, e non costituivano il matrimonio, se questo non aveva avuto luogo, e reciprocamente il matrimonio contratto senza titoli non era meno valido per questo (2). La pruova non era subordinata ad alcuna forma particolare. Bastava all'uopo l'attestazione degli amici o dei vicini (*consortium consensu atque amicorum fide; vicinis vel aliis scientibus*) (3).

Parimenti non era necessario per l'esistenza del matrimonio, che si fosse consumato con la coabitazione; esso esisteva dal momento che la moglie era stata condotta, o altrimenti consegnata al marito: « *Statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit* » (4).

Nondimeno quando il matrimonio avea luogo tra persone di condizione ineguale, pareva che per le antiche leggi fosse imposta la necessità del contratto dotale; ma Giustiniano tolse via nel Codice così fatta necessità (5).

Questa era, secondo le Istituzioni ed il codice la legislazione sulla celebrazione delle nozze, ma qualche modificazione vi fu recata nelle Novelle. Così la Novella 74 decideva: 1.° che le persone di gran dignità ed illustri non potessero contrar matrimonio senza contratto dotale; 2.° che le altre persone ad eccezione de' poveri, degli agricoltori, e dei soldati, fossero obbligate almeno di presentarsi innanzi al difensore di qualche chiesa, e dichiarare il loro matrimonio l'anno, il mese ed il giorno che l'avevano contratto; dichiarazione di cui dovevasi prendere atto in presenza di tre o quattro testimoni (6). Ma quest'ultima disposizione pare abrogata posteriormente dalla Novella 117 c. 4.

Gli sponsali cioè le promesse di matrimonio erano in uso presso i romani, e dicevansi *sponsalia*. « *Sponsalia sunt sponsio et repromissio nuptiarum futurarum* ». Dappoichè la costumanza primitiva era, che si facessero per mezzo della interrogazione, e la promessa solenne ne' termini del diritto civile: *Spondes—ne? Spondeo;* donde il nome di *sponsus*, *sponsa* pe' fidanzati (*sposo e sposa* in italiano, *èpoux*, *èpouse* in francese, applicato oggidì ai maritati istessi) (7). Ai tempi di Ulpiano il solo consenso de' fidanzati e del loro capo di famiglia bastava (8), purchè avessero più di sette anni e fossero capaci di contrarre matrimonio in seguito (9). Queste non davano veruna azione per costringere al matrimonio, e ciascuna parte poteva rinunziarvi notificandolo all'altra in questi termini: *Conditione tua non utar*. Ordinariamente davano alla fidanzata delle caparre, e quella fra le parti, che senza legittima cagione faceva stornare l'unione progettata, doveva perderle, salvo alcune distinzioni per la fidanzata (10).

Prima di cominciare la spiegazione delle regole sulla validità delle nozze, dobbiamo far conoscere l'epoca più notabile per questa parte della legislazione, quella, in cui Augusto volendo rilevare la dignità del matrimonio avvilita, fè pubblicare le due famose leggi *Julia et Papia Poppea*, che regolando questo contratto civile, vietarono ai Senatori, ed agl' ingenui di sposare talune donne, colpirono d'incapacità i celibi (*caelebes*), le persone che non avean figliuoli (*orbi*), e divisero per questo modo i cittadini in diverse classi (*Historie du droit* n.° 68). Questa divisione durata per più di tre secoli, fu compiutamente tolta via da Costantino (*ivi* p. 330), e non ne rimase più alcuna traccia sotto Giustiniano.

Justas autem nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt, masculi quidem puberes, foeminae autem viri potentes sive patres familias sint, sive filii familias; dum tamen, si filiifamilias sint, consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere et civilis, et naturalis ratio suadet in tantum, ut jussus parentis praecedere debeat. *Unde quaesitum est an furios filia nubere, aut furiosi filius uxorem ducere possit? Cumque* super filio variabatur, *nostra processit decisio, qua permissum est ad exemplum filiae furiosi, filium quoque furiosi posse et sine*

(1) Vedi il rescritto di Aureliano. *Cod. 4, 3, 6.*
(2) *Cod. 5, 4, 13.* (3) *D. 5, 4, 22 e 9.*
(4) *Dig. 35, 1, 15, fr. Ulp. — 50, 17, 30, fr. Ulp. — 23, 2, 6, f. Ulp.*
(5) *C. 5, 4, 22, e 23, §. 7.* (6) *Nov. 74, c. 4.*
(7) *Dig. 23. 1, 4, f. Florent.*
(8) *Dig 23, 1, 4 e 7.* (9) *Dig. 23, 1, 1, 14, 15, 16.*
(10) *C. 5, 1, c. 5, 5, e 6.*

teremo in una maniera breve e chiara, contentandoci di dare appresso la traduzione del testo con le osservazioni indispensabili. E primamente vediamo della parentela.

La parentela naturale la *cognazione* propriamente detta, vale a dire il legame, che è tra persone unite pel sangue (*cognati*), e discendenti l'una dall'altra, o da uno stipite comune, è in molti casi un impedimento al *connubium*. Lo stesso a più forte ragione è della parentela civile (l'*agnazione*) quel legame, che unisce tra loro i membri della famiglia civile (*agnati*). Le proibizioni per l'una parentela, e per l'altra son le medesime. Solamente è da notare che la cognazione, dipendendo da un fatto naturale ed immutabile, cioè la nascita, non può mai cessare, e per conseguenza l'impedimento che produce non può esser tolto. Per contrario l'agnazione dipende da un fatto puramente civile, cioè l'esistenza nella medesima famiglia; e però se questo fatto viene a cessare, essa è compiutamente distrutta, il che avviene per colui, che si è fatto uscir dalla famiglia (*emancipato*). In questo caso, se l'agnazione non è congiunta ad alcun legame naturale, come sarebbe, se proviene da una adozione, sciolta che sia una volta, si distrugge eziandio l'impedimento al *connubium*; perciocchè i membri rimasti nella famiglia non sono più per alcuna parentela legati a colui, che n'è uscito.

Esposte queste idee preliminari, possiamo dire, che, senza distinzione tra l'agnazione e la *cognazione*, il matrimonio è proibito: 1.° tra le persone, che discendono direttamente l'una dall'altra, all'infinito: « *Inter parentes et liberos infinite cujuscumque gradus, connubium non est* » (1). 2.° Tra lo zio e la nipote, la bisnipote, la pronepote etc., all'infinito, e reciprocamente tra la zia ed il nipote, bisnipote etc. 3.° Infine tra il fratello e la sorella. Gli altri parenti possono unirsi in matrimonio. Se l'impedimento proviene da una agnazione prodotta dall'adozione, questo cessa tanto nel caso che l'adottato sia uscito dalla famiglia, perchè allora egli non è più agnato di alcun membro, quanto nel caso che, restando l'adottato nella famiglia, la persona, ch'egli dee sposare, ne sia uscita, perchè questa non è più agnato di alcun membro della medesima. Nondimeno per una ragione di convenienza il padre adottivo non può mai sposare la figliuola, la nipote adottiva etc., quantunque le abbia liberate dalla sua potestà, e fatto uscire dalla sua famiglia.

I. *Ergo non omnes nobis uxores ducere licet; nam a quarumdam nuptiis abstinendum est; inter eas enim personas, quae parentum, liberorumve locum inter se obtinent, contrahi nuptiae non possunt; veluti, inter patrem et filiam, vel avum et neptem, vel matrem et filium, vel aviam et nepotem, et usque ad infinitum. Et si tales personae inter se coierint, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et haec adeo ita sunt, ut quamvis per adoptionem parentum, liberorumve loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio jungi: in tantum ut, etiam dissoluta adoptione, idem juris maneat. Itaque eam, quae tibi per adoptionem filia, vel neptis esse coeperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris.*

1. Adunque non ci è lecito aver per moglie qualunque persona che noi vogliamo; ma bisogna che ci asteniamo da certe nozze. Conciossiachè non si può contrar nozze tra quelle persone, le quali hanno luogo tra loro di padri e discendenti, siccome è tra il padre e la figliuola, o tra l'avolo e la nipote, ovvero tra la madre ed il figliuolo, o tra l'avola ed il nipote, ed in infinito. E se così fatte persone si congiungeranno tra loro, cotali nozze contratte sono incestuose e nefande. Di modo che anche quando la qualità di ascendente e discendente non è dovuta che all'adozione, il matrimonio non ne è meno vietato, e'l divieto sussiste tuttavia anche sciolta l'adozione. Laonde tu non potrai aver per moglie colei, che per via d'adozione, ha cominciato ad esserti figliuola o nipote, quantunque tu l'abbia emancipata.

II. *Inter eas quoque personas quae* ex transverso gradu *cognationis junguntur, est quaedam similis observatio, sed non tanta. Sane enim inter fratrem sororemque nuptiae prohibitae sunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ex alterutro eorum. Sed si qua per adoptionem soror tibi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter te, et eam nuptiae consistere non possunt, cum vero per emancipationem adoptio sit dissoluta, poteris eam uxorem ducere. Sed et* si tu emancipatus fueris, *nihil est impedimento nuptiis. Et ideo constat,* si quis generum adoptare velit, *debere eum ante filiam suam emancipare; et si quis velit nurum adoptare, debere eum ante filium suum emancipare.*

2. Il simigliante s'osserva tra quelle persone, le quali sono congiunte per trasversal grado di parentado, ma non tanto. Certo che le nozze son vietate tra il fratello e la sorella nati o d'un medesimo padre e d'una medesima madre, o d'uno di loro solamente. Ma se alcuna per adozione comincerà ad esserti sorella, sino a tanto che dura l'adozione, non può esser matrimonio tra lei e te, ma disciogliendosi l'adozione per via dell'emancipazione, ella ti potrà esser moglie; e ciò avrà luogo anche se sarai emancipato tu stesso. *Quindi*

(1) *Ulp. Reg. T. 5. §. 5.*

chiunque vuol adottar il suo genero, debbe prima emancipar la sua figliuola, e chiunque vuol adottar la nuora, debbe emancipare il figliuolo.

Ex transverso gradu. Vedremo appresso (lib. 3. t. 6) che la parentela è ascendente, discendente, o collaterale (*superior, inferior, ex transverso, quae etiam a latere dicitur*) (1): la prima è quella che si conta risalendo dai nipoti agli avi, la seconda quella che si conta discendendo dagli avi ai nipoti, la terza quella che unisce le persone, le quali, senza discender l'una dall'altra, hanno nondimeno uno stipite comune, come i fratelli, le sorelle e loro discendenti (*superior cognatio est parentum; inferior liberorum; ex transverso fratrum, sororumve, et eorum qui, quaeve ex eis generantur*) (2). La parentela ascendente, e la discendente sono designate dal comune epiteto di parentela *diretta*. Le proibizioni di matrimonio, ch'esse fan nascere, sono esposte nel paragrafo precedente; qui si tratta della parentela collaterale.

Si tu emancipatus fueris. Quando una persona è adottata, l'agnazione, che l'unisce a ciascun membro della famiglia, non dipende che dalla qualità comune di membro della stessa famiglia; or questa qualità cessa, e con essa l'agnazione, quando uno de' due membri, sia l'adottato, sia l'altro, è uscito della famiglia; dal che segue che chi vuol maritare la sua figliuola adottiva col suo figliuolo, può render lecito il matrimonio emancipando o il figliuolo, o la figliuola adottiva.

Si quis generum adoptare velit. Questo non contiene una proibizione al matrimonio, ma piuttosto una proibizione all'adozione. Noi abbiam veduto che due persone aventi la qualità di fratello e sorella non possono divenire sposi, qui vediamo l'inversa; cioè che due persone aventi la qualità di sposi non possono divenir fratello e sorella. E però quando alcuno vuol adottare il suo genero, siccome questi per l'adozione sarebbe introdotto in qualità di figliuolo nella famiglia, in cui trovasi sua moglie, e diverrebbe il fratello agnato di colei, di cui è già marito, l'adozione non potrà altrimenti aver luogo, che se il padre avrà prima fatto uscir della famiglia la sua figliuola emancipandola. Per siffatto modo uno degli sposi uscirà, e l'altro prenderà il suo posto, e questi atti non saranno senza importanza; perciocchè la figliuola perderà tutti i suoi diritti di famiglia, ed il marito li acquisterà.

III. *Fratris vero, vel sororis filiam uxorem ducere non licet. Sed nec neptem fratris vel sororis quis ducere potest, quamvis* quarto gradu sint. *Cujus enim filiam uxorem ducere non licet*, neque ejus neptem permittitur. *Ejus vero* mulieris, *quam pater tuus adoptavit filiam non videris impediri uxorem ducere, quia neque naturali, neque civili jure tibi conjungitur.*

3. Non è lecito aver per moglie la figliuola del fratello, o veramente della sorella, e nemmeno la nipote del fratello o della sorella, *quantunque nel quarto grado;* perciocchè di colui, del quale non è lecito aver la figliuola, *non è parimente permesso aver la nipote*. Pare che tu non sii impedito aver la figliuola *di colei*, che tuo padre abbia adottato, perciocchè ella non ti è congiunta nè per civile, nè per naturale diritto.

Quarto gradu sint. In linea retta si contano tanti gradi quante generazioni vi ha tra le persone; il figliuolo è riguardo al padre nel primo grado, il nipote nel secondo etc. In linea collaterale si contano i gradi per le generazioni, risalendo da un parente sino al comune autore, che non si conta, e discendendo dall' autore comune fino all'altro parente. Così il fratello e la sorella sono nel secondo grado, il zio e la nipote nel terzo, il fratello dell'avo e la bisnipote nel quarto (Inst. lib. 3. t. 6.).

Neque ejus neptem permittitur. Vi ha dei collaterali, che sono in qualche modo in luogo di ascendenti, questi sono gli zii, e le zie (*loco parentum habentur*) (3). Ma se questi sono in luogo di ascendenti per la figliuola, a più forte ragione saranno in luogo di ascendenti per la nipote, bisnipote etc. E però quando uno non può sposare la figliuola, perchè è in luogo di ascendente rispetto a lei, molto meno potrà sposare la nipote, bisnipote etc. Questa è la regola di diritto contenuta nelle Istituzioni, e che bisogna ben avvertire di non applicare ad altri che a que' parenti, i quali sono in luogo di ascendenti, perocchè essa sarebbe falsa per gli altri; per esempio in linea retta risalendo, il nipote non può torre a moglie la figliuola del suo avo, sua zia, e non pertanto può sposarne la nipote, sua cugina. Questa proibizione del matrimonio tra lo zio e la nipote era stata già, quasi rimossa. Perciocchè volendo Claudio menare

(1) Vedi parimenti *General. del diritto romano* p. 14.

(2) *Inst. 3. 6. p.*

(3) *Inst. h. tit.* § *5.—Dig. 23. 2. 39. f. Paul.*

a moglie Agrippina sua nipote, figliuola di suo fratello Germanico, una legge dichiarò lecito il matrimonio tra lo zio, e la figliuola del fratello solamente (1), ma questa disposizione fu infine abrogata da Costantino (2).

Ejus mulieris. Siccome i figliuoli non seguono la famiglia della madre loro, quando una donna entra per adozione in una famiglia, i figliuoli, ch' ella di già abbia al momento dell' adozione, o che nascono di poi son sempre estranei a questa famiglia: civilmente, perchè non vi sono entrati; naturalmente, perchè non vi ha alcun legame di sangue. Ecco perchè colui, che non potrebbe sposare la donna adottata, perchè è sua sorella adottiva, può sposarne la figliuola. Ma altramente andrebbe la cosa nel caso di adozione dell'uomo, perchè l'uomo trae sempre i suoi figliuoli nella sua famiglia, e per conseguenza un legame di agnazione, si stabilisce tra loro, e tutti i membri della famiglia adottiva. E però bene il testo adopera la parola *mulieris.*

IV. ***Duorum autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris et sororis jungi possunt.***

4. I figliuoli di due fratelli, o di due sorelle, o di due fratelli, e sorelle si posson congiungere insieme in matrimonio.

L' influenza della religione Cristiana fè vietare da molti imperatori il matrimonio tra cugini: ma una costituzione di Arcadio ed Onorio lo permise di nuovo (3), e questo diritto fu mantenuto.

V. ***Item amitam, licet adoptivam, ducere uxorem non licet, item nec materteram, quia parentum loco habentur. Qua ratione verum est magnam quoque amitam, et materteram magnam prohiberi uxorem ducere.***

5. Similmente non è lecito congiungersi con *la sorella del padre*, benchè adottiva, nè con la *sorella della madre*; perciocchè elle si hanno in luogo di madri, per la qual ragione è eziandio vero che non è lecito aver la sorella dell' avolo, o dell' avola.

Più sopra si era indicata la proibizione del matrimonio con lo zio, o col prozio, qui s'indica ugualmente la proibizione del matrimonio con la zia, o con la prozia. La zia paterna (*amita*) è la sorella del padre, la zia materna (*matertera*) è la sorella della madre. Qui si vuol notare che per via di adozione si poteva avere delle zie solamente paterne, sempre perchè i figliuoli non seguono la famiglia della madre (4). E però il testo applica le parole *licet adoptivam*, solo alla zia paterna.

Qui si arrestano le proibizioni, che provengono dalla parentela. L'affinità è eziandio un impedimento al *connubium*. Dicesi affinità (*affinitas*) il legame che il matrimonio stabilisce tra le due cognazioni degli sposi. Quantunque queste due cognazioni sieno naturalmente separate, si trovano nondimeno legate pel matrimonio: « *Duae cognationes quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur* » (5). Gli sposi essendo compresi nella loro rispettiva cognizione, ciascuno di essi diviene l'affine di tutti i parenti dell'altro; di più i parenti de'due sposi divengono affini tra loro. Nondimeno il legame di affinità tra questi ultimi era poco stretto; esso non formava alcun ostacolo al matrimonio, e non produceva quasi alcun effetto, salvo le amichevoli relazioni di famiglia; che anzi non eranvi neppur nomi particolari per dinotare questi differenti affini (6). Quanto all'affinità tra ciascuno degli sposi, ed i parenti dell'altro, essa era distinta con differenti nomi, come questi di *socer* suocero; *socrus* suocera; *gener* genero; *nurus* nuora; *vitrictus* patrigno, *noverca* matrigna; *privignus* figliastro; *privigna* figliastra (7): essa produceva degl'impedimenti ma non così estesi come la parentela. Così il matrimonio era proibito in linea retta all'infinito tra il suocero, e la nuora del figliuolo etc., del pari tra la suocera ed il suo genero, il genero della sua figliuola etc., ma in linea transversale era proibito solamente tra il cognato e la cognata.

VI. ***Affinitatis quoque veneratione quarumdam nuptiis abstinendum est, ut ecce:*** **privignam aut nurum** ***uxorem ducere non licet, quia utraeque filiae loco sunt. Quod ita scilicet accipi debet, si fuit nurus, aut privigna tua. Nam si adhuc nurus tua est, id est, si adhuc nupta est filio tuo, alia ratione uxorem eam ducere non poteris, quia ea duobus nupta esse non potest. Item si adhuc privigna tua est, id est si mater ejus tibi nupta***

(1) *Svet. in Claud. 26. Ulp. Reg. T. 5. § 6.— Gai. 1. § 62.*
(2) *Cod. Theod. 1. de incest. nupt.*
(3) *Cod. 5. 4. 19.*
(4) *D. 1. 7. 23. fr. Paul.—Dig. 23. 2. 12. § 4. f. Ulp.*
(5) *D. 38. 10. 4. § 3. f. Modest.*
(6) Anche secondo i nostri costumi, ed il nostro diritto attuale non si considerano come affini che ciascuno sposo per rispetto ai parenti dell'altro.
(7) *Ivi.*

est, ideo eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet.

6. È similmente necessario astenersi dalle nozze di certe persone per riverenza dell' affinità: così non è lecito aver per moglie *la figliastra, o la nuora*, perchè amendue si hanno in luogo di figliuole. La qual cosa si debbe intendere a questo modo; s' ella sarà stata tua nuora, o figliastra; poichè s'ella per ancora è tua nuora, cioè se ancora è maritata al tuo figliuolo, e tu non puoi averla per altra ragione, cioè perchè ella non può esser maritata a due persone in un tempo medesimo. Similmente s' ella è per ancora tua figliastra, cioè se la madre di lei ti è ancora moglie, tu non puoi averla per altra ragione, cioè perchè non è lecito aver due mogli in un tempo medesimo.

Privignam aut nurum. Si può avere una figliuola per affinità in due modi: 1.° Quando voi sposate una donna che ha una figliuola di un primo letto, questa figliuola diviene vostra figliastra (*privigna*); 2.° quando il vostro figliuolo prende moglie, la sua moglie diviene vostra nuora (*nurus*).

VII. Socrum *quoque et* novercam *prohibitum est uxorem ducere, quia matris loco sunt. Quod et ipsum, dissoluta demum affinitate, procedit. Alioquin, si adhuc noverca est, id est, si adhuc patri tuo nupta est, communi jure impeditur tibi nubere, quia eadem duobus nupta esse non potest. Item si adhuc socrus est, id est si adhuc filia ejus tibi nupta est, ideo impediuntur tibi nuptiae, quia duas uxores habere non possis.*

7. È parimente vietato aver *la suocera*, e la *matrigna* per moglie; perciocchè si hanno in luogo di madri. Il che si debbe intendere quando è sciolta l' affinità, conciossiachè s'ella per ancora è matrigna, cioè s'ancora è maritata a tuo padre, ti è impedito lo averla, per diritto comune; essendochè la medesima non può esser maritata a due persone in un tempo medesimo. Similmente s' ella è per ancora tua suocera, cioè s' ancora la sua figliuola è tua moglie, le nozze ti sono impedite, perchè tu non puoi aver due mogli in un tempo medesimo.

Socrum, novercam. L' una è la madre di vostra moglie l'altra è la moglie di vostro padre, amendue son vostre madri per affinità.

Si vuol qui por mente alla cagione, sulla quale è fondata la proibizione del paragrafo precedente, e di questo. La cagione è che il suocero e la suocera, il patrigno e la matrigna sono in luogo di ascendenti (*loco parentum sunt*). E però la proibizione deb-b'estendersi all'infinito a tutti i gradi di siffatta affinità (1).

Le Istituzioni non dicono nulla del matrimonio tra il cognato, e la cognata. Esso fu permesso fino ai tempi di Costantino; ma questo principe lo vietò in una sua costituzione inserita nel codice Teodosiano (2). Questa proibizione fu rinnovata da Valentiniano, Teodosio, ed Arcadio, in questi termini: « Noi facciamo assoluto divieto di sposare la donna di suo fratello, o le due sorelle, in qualunque modo il matrimonio siasi disciolto » (3).

VIII. *Mariti tamen filius ex alia uxore, et uxoris filia ex alio marito, vel contra, matrimonium recte contrahunt, licet habeant fratrem sororemve ex matrimonio postea contracto natos.*

8. Nondimeno il figliuolo del marito procreato con un'altra moglie, e la figliuola della moglie procreata con un altro marito, e così per lo contrario, possono contrar matrimonio, quantunque abbiano fratelli e sorelle nati dal matrimonio posteriormente contratto.

Un uomo ed una donna che hanno l'uno un figliuolo, e l'altra una figliuola d'un primo letto, si maritano; benchè si stabilisca l'affinità tra le due cognazioni, e per conseguenza tra i figliuoli di ciascuno sposo, pure essa non è un impedimento al matrimonio di questi figliuoli. In fatti il legame d'affinità, come di già abbiam detto, era poco stretto tra i parenti de' due sposi; esso produceva effetto solamente nelle relazioni di famiglia, e non già nelle leggi. E però niuna costituzione avea proibito il matrimonio tra i figliuoli di un primo letto, e noi qui abbiamo un testo, che formalmente lo permette.

IX. *Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreaverit, haec non est quidem privigna tua; sed Julianus hujusmodi nuptiis abstinere debere ait; nam nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam novercam esse; rectius tamen et jure facturos eos, qui hujusmodi nuptiis se abstinuerint.*

9. Se la tua moglie avrà dopo il divorzio procreato una figliuola da un altro, ella non è tua figliastra; nondimeno Giuliano disse che l' uomo si debba astenere da così fatte nozze. Comechè la sposa del figliuolo non sia nuora, e la sposa del padre non sia matrigna, nondimeno rettamente e giustamente fa chi s' astiene da così fatte nozze.

Quantunque non vi sia nè cognazione, nè affinità tra due persone, pure delle ragioni di convenienza, e di onestà pubblica basta-

(1) *D. 23. 2. 14. § 4. f. Paul.*
(2) *Cod. Theod. 1. 2. De incest. nupt.*
(3) *D. 5. 5. 5.*

no qualche volta per impedire, che non vi sia tra loro il *connubium*. Così l'adottante, come di già abbiamo veduto, non può sposare l'adottata, anche dopo averla emancipata, quantunque ella dopo l'emancipazione sia cessata di esser sua figliuola. Parimente egli non può sposare anche dopo l'emancipazione colei, che è stata moglie del suo figliuolo adottivo, quantunque dopo l'emancipazione ella abbia cessato di essergli nuora (1). Le Instituzioni ci danno ancora due altri esempi: un uomo fa divorzio con sua moglie, questa contrae un secondo matrimonio, e ne ha una figliuola; costei non è la figliastra (*privigna*) del marito di sua madre, conciossiachè ella è nata in tempo, che il primo matrimonio, essendo disciolto, non produceva più alcun legame; e non pertanto il marito non potrà sposarla; perciocchè non è conveniente che quegli, il quale è stato il marito della madre, sia eziandio il marito della figliuola. Gli sponsali non erano, come abbiam detto che un progetto, una promessa di matrimonio, ma non producevano affinità: così la fidanzata del padre non era la matrigna del figliuolo (*noverca*), la fidanzata del figliuolo non era la nuora del padre (*nurus*); e non pertanto, siccome non era conveniente che il padre avesse a moglie colei, che era stata destinata al suo figliuolo, e reciprocamente, i giureconsulti volevano che si astenessero da così fatte nozze.

X. *Illud certum est, serviles quoque cognationes impedimento nuptiis esse, si forte pater et filia, aut frater et soror manumissi fuerint.*

10. **È chiaro ancora che le parentele servili sono impedimento alle nozze, se avviene che il padre e la figliuola, ovvero il fratello e la sorella sian fatti liberi.**

La parentela puramente naturale, e contratta fuori le giuste nozze è anche impedimento al matrimonio, perchè in questa materia è necessario di obbedire al diritto naturale, ed alle regole del pudore (*quoniam in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est*) (2). Di qui due conseguenze: 1.° Benchè l'unione degli schiavi (*contubernium*) fosse puramente naturale, benchè la cognazione, che essa produceva, non fosse avuta in conto da alcuna legge (3), pure siccome il difetto di leggi non impediva che fosse tra loro il legame del sangue, i costumi proibirono le nozze tra i libertini *cognati*: « *Hoc jus moribus non legibus introductum est* » (4). Che anzi la proibizione si estese all'affinità: « *Idem tamen quod in servilibus cognationibus constitutum est etiam in servilibus adfinitatibus servandum est* » (5). Di maniera che dopo la manomissione il servo fatto libero non avrebbe potuto congiungersi in matrimonio a colei, ch'era vivuta in *contubernio* col padre, o col figliuolo di lui, perciocchè naturalmente ella era in certo modo sua matrigna, o sua nuora. Noi supponiamo sempre una manomissione; perciocchè è cosa chiara, che in fino a che durava la schiavitù, non potea farsi quistione di giuste nozze. 2.° Il concubinato, ed anche un commercio illecito produceva altresì impedimento. Così, un padre, un fratello, non poteva sposare la figliuola, la sorella nata da una concubina, o da un commercio illecito e non riconosciuto (*vulgo quaesita*). Per verità in quest'ultimo caso niente può legalmente indicare la paternità; pur tuttavia le circostanze di fatto possono farla presumere, e questa presunzione basta per impedire il matrimonio (6). La specie di affinità naturale, che produce il concubinato è ancora un impedimento; e noi troviamo nel Codice una costituzione, che proibisce le nozze tra il figliuolo, e la concubina del padre (7).

XI. *Sunt et aliae personae, quae propter diversas rationes, nuptias contrahere prohibentur, quas in libris Digestorum seu Pandectarum, ex veteri jure collectarum, enumerari permisimus.*

11. **Sono eziandio altre persone, alle quali è proibito contrar matrimonio, per diverse ragioni, che noi abbiam fatto raccorre dal diritto antico nei libri de' Digesti o delle Pandette.**

Gl'impedimenti al *connubium*, che in fino a quì abbiamo esaminati son generalmente fondati sulla morale naturale, ed in tutto il corso della legislazione romana a poche variazioni andarono soggetti. Ma ragioni politiche o d'ordine pubblico introdussero delle altre proibizioni, che variano, secondo i diversi tempi.

Per le Dodici Tavole non vi era *connubium* tra i patrizi, ed i plebei: « *Patribus cum plebe connubium nec esto* » (*Hist. du droit.*

(1). *D. 23. 2. 14.*
(2) *D. 23. 2. 14. § 2. f. Paul.*
(3) *Theoph. h. t. — Inst. 3. 6. 10.*
(4) *D. ivi 8. f. Pomp.*
(5) *Dig. ivi 14. § 2.*
(6) *Dig. 23. 2. 14. § 2. f. Paul. — Ivi 1. 54. f. Scaev.*
(7) *D. 5. 4. 4.*

p. 104.) Noi abbiam parlato delle dissensioni accese per siffatto divieto, e del plebiscito *Lex Canuleia*, che vi pose fine, permettendo il matrimonio tra le due caste (*Hist. du droit* n.°30) (1). Parimente non eravi *connubium* tra gl'ingenui ed i libertini, ed il loro matrimonio non fu permesso che dalla legge *Papia Poppea* (2). Abbiamo di già molte volte toccato di questa legge, come pure della legge *Julia* pubblicate sotto Augusto, e che formano un' epoca sì notabile nella legislazione relativa alle nozze (*Hist. du droit* n.° 68). La legge *Julia* tra le altre disposizioni vietava ai senatori, ed a'loro figliuoli di congiungersi a libertine, essa lo permetteva agli altri ingenui, ma nè gli uni, nè gli altri potevano contrar matrimonio con le commedianti, prostitute, donne che facean commercio di prostituzione, sorprese in adulterio, o condannate su di una pubblica accusa (3). Questa legge fu ancora più estesa da Costantino, il quale vietò a'Senatori, pena l' infamia, di sposare le figliuole di libertini, o di gladiatori, le albergatrici, o figliuole di albergatori, e le rivendugliole, tutte persone reputate vili ed abbiette (*humiles abjectaeque personae*) (4). Ma non si annoveravano in questa classe le donne, alle quali non si poteva altro rimproverare che la loro povertà (5). Giustiniano preso d'amore per Teodora figliuola d'un cocchiere del Circo, e lei stessa commediante, ottenne da suo zio Giustino, (6) allora imperante, una costituzione che fu inserita nel Codice. Essa stabilisce, che quando una commediante avrà abbandonato questa professione, tutto il disonore, che l'avea colpita cesserà, ed ella diverrà capace di congiugnersi alle persone anche più elevate: « Perocchè, dice l'Imperatore, noi dobbiamo per quanto la nostra natura il comporta, imitare la bontà e la clemenza infinita di Dio verso gli uomini, di Lui, che ogni giorno si degna di perdonare i nostri peccati, di accettare il nostro pentimento, e ricondurci alla vita migliore (7). » Finalmente Giustiniano in una novella andò anche più innanzi, e permise, qualunque fosse la dignità, di che l'uomo fosse rivestito, di sposare le donne, che la costituzione di Costantino designava come abbiette (8).

Il matrimonio era altresì proibito — tra il tutore, il curatore, o il loro figliuolo, e la pupilla adulta, salvochè ella non gli fosse stata fidanzata o destinata dal padre (9). La ragione di questa proibizione era il timore, che il tutore o curatore non profittasse di questo matrimonio per evitare di rendere il conto, o per renderlo inesatto. Ed ancorchè il conto si fosse renduto, egli non poteva sposare la pupilla, se non quando ella era giunta all'età di anni 26, perchè infino a quel momento poteva farsi restituire in intero (10); — tra colui, che esercitava un impiego in una provincia, come un prefetto, un presidente, un prefetto militare, o un loro figliuolo, e una donna nativa di questa provincia, o che vi avea stabilito il suo domicilio, e ciò per tema ch'egli non abusasse della sua autorità (11). Quest'impedimento cessava, quando le funzioni eran finite; — tra il rapitore e la rapita (12), tra l'adultera ed il suo complice (13), tra un ebreo ed una cristiana, o viceversa (14).

XII. *Si adversus ea, quae diximus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiae, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur in potestate patris non sunt: sed tales sunt (quantum ad patriam potestatem pertinet) quales sunt ii, quos mater vulgo concepit. Nam nec hi patrem habere intelliguntur, cum his pater incertus est. Unde solent spurii appellari vel a graeca voce quasi σποράδην concepti, vel sine patre filii. Sequitur ergo ut, dissoluto tali coitu, nec dotis exactioni locus sit. Qui autem prohibitas nuptias contrahunt* et alias poenas *patiuntur, quae sacris constitutionibus continentur.*

12. Se gli uomini si congiungeranno contra quello che abbiamo detto, non s' intende esservi nè marito, nè moglie, nè nozze, nè matrimonio, nè dote. I figli che nasceranno non sono in potestà del padre, ma sono come quelli, che nascono da padre incerto; perciocchè questi si reputa che non abbiano padre, ignorandosi chi egli sia! laonde sogliono esser chiamati spurii, ovvero con greca voce σποράδην, cioè concetti dal volgo, e quasi nati senza padre. Seguita adunque che, disciolto tale unione non si può ripetere nè donazione nè dote. E quelli che contraggono le nozze proibite patiscono *altre pene*, contenute nelle sacre costituzioni.

Quando le condizioni richieste per le giuste nozze non sono osservate, quando qualche legge è violata, per esempio, perchè uno de'conjugi è impubere, perchè non vi è

(1) *Tit. Liv. 4, 6.*
(2) *Tit. Liv. 39, 19, D. 23, 2, 23, f. Cels.*
(3) *Ulp. Reg. T. 13. D. 23. 2. fr. 41. 42. e seg.*
(4) *C. 5. 27.* (5) *C. 5. 5. 7.*
(6) *Procop Anecd.* (7) *C. 5. 4. 23.*
(8) *Nov. 117. c. 6.*
(9) *Dig. 23. 2. fr. 36. 60. 64. etc.* — *C. 5. 6.*
(10) *D. 23. 2. 66.* — *C. 5. 6. 6.*
(11) *D. 23. 2. fr. 38. 57. etc.*
(12) *C. 9, 13.*
(13) *Nov. 134. c. 12.*
(14) *C. 1. 9. 6.*

stato consentimento del capo di famiglia, perchè non vi è *connubium*, allora l'unione non è un matrimonio legittimo, e per conseguenza non vi è nè vir, nè *uxor*, nè dote, nè donazione a causa di nozze, nè potestà paterna, perchè tutti questi effetti accompagnano solamente le giuste nozze. Adunque la nullità del matrimonio è la prima pena che colpisce così fatte unioni; di più tutto ciò ch'erasi cosituito in dote o in donazione è confiscato (1), e delle severe pene son minacciate contra i colpevoli, se le nozze sono contaminate da bigamia, o da incesto.

Ogni commercio illecito, e contrario ai costumi, presso i Romani era indicato col termine generico di *stuprum*. Qualunque fossero le circostanze più o meno aggravanti, che l'accompagnavano, per esempio, o che vi fosse stata violenza, o no, o che vi fosse stato commercio tra un uomo ed una donna maritati, o tra parenti ed affini in grado proibito, la parola *stuprum* presa nel suo senso più ampio era applicabile in tutti questi casi (2); nondimeno nei due ultimi si aveano le denominazioni speciali di adulterio (*adulterium*), e d'incesto (*incestum*) (3). I figliuoli nati da uno *stuprum* appellavansi *spurii*, questi erano concetti dal volgo (*vulgo concepti*, *vulgo quaesiti*); per essi non v'era alcuna presunzione di paternità, ed il loro concepimento poteva, per così dire, essere attribuito volgarmente a tutti. Nella loro classe bisogna allogare, secondo il nostro testo, i figliuoli nati da nozze contrarie alle leggi, e per conseguenza nulle.

Et alias poenas. Le pene per questi diversi delitti subirono varie modificazioni, ed erano subordinate a diverse distinzioni, che più appresso faremo conoscere. Quelle che son contenute nelle Istituzioni sono: per lo *stuprum* senza violenza la confisca d'una metà de' beni, o qualche pena corporale con la relegazione; per lo *stuprum* con violenza, la morte; lo stesso per l'adulterio, la poligamia, o l'incesto (4).

Oramai conosciamo quali sono le condizioni, il cui adempimento costituisce il matrimonio; ne resta a trattare degli effetti, e dello scioglimento del medesimo.

Effetti delle giuste nozze.

Quanto alle persone, l'uomo prende il titolo di *vir*, la donna di *uxor*. Il marito deve proteggere e mantenere sua moglie; costei partecipa de' suoi onori, e delle sue dignità (5); deve a lui obbedienza e riverenza (6); e non ha altro domicilio che quello del marito. Noi parleremo separatamente della potestà maritale (*manus*), che nel diritto antico accompagnava talvolta le giuste nozze. I figliuoli conceputi durante il matrimonio appartengono al marito (*pater is est, quem nuptiae demonstrant*), e questa presunzione non può essere smentita che da pruove indubitate e certe (7). Il figliuolo si reputa anche conceputo durante il matrimonio se non è nato più di dieci mesi dopo il suo discioglimento (8). La potestà paterna risulta sempre dalle giuste nozze, sui figliuoli che ne son nati, e solamente per occasione di questa potestà le Istituzioni quì trattano del matrimonio.

Quanto ai beni, ecco delle idee generali, che più appresso meglio spiegheremo: ordinariamente per un contratto dotale (*instrumentum dotale*) si costituiva una dote alla donna. Così chiamavansi i beni recati al marito per sostenere i pesi del matrimonio. Il marito era riputato proprietario della dote; egli ne avea il godimento, poteva alienarla, se consisteva in cose fungibili, o stimate nel contratto, altrimenti dovea conservarla in natura; non poteva nè alienare nè ipotecare gl'immobili dotali anche col consentimento della moglie. Disciolto il matrimonio dovea restituire la dote, e si avea per costringervelo un'azione (*rei uxoriae actio*) (9). Gli altri beni della moglie non compresi nella dote appellavansi parafernali (*paripherna*); la moglie ne rimaneva proprietaria, ed il marito non vi avea altri diritti se non quelli ch'ella gli cedeva (10). D'altra parte il marito faceva ordinariamente una donazione (*donatio propter nuptias*), che avea per iscopo di assi-

---

(1) *Dig. 23. 2. 61. f. Papin.* — *Cod. 5. 5. 4.*

(2) *D. 48. 5, 6. § 1.—50. 16. 101.— 48. 5. 38. § 1.— C. 5. 4, 4.*

(3) Noi qui non diremo nulla di quel delitto schifoso, e contro natura così comune appresso i Romani, e del quale le leggi erano obbligate di occuparsi. Anch'esso era compreso nell'espressione di *stuprum*. (*D. 48. 5. 34. § 1*), e punito di morte (*Inst. 4. 18. § 4*).

(4) *Inst. 4. 18. §§ 4. e 8.*

(5) *D. 1. 9. fr. 1. §. 1. e fr. 8.—Cod. 10. 39. 9.*

(6) *D. 24. 3. 14. § 1.*

(7) *D. 1. 6. 6. f. Ulp.* E qui sopra il testo citato alla nota 7 pag: 41.

(8) *D. 38. 16. 3. § 11.*

(9) *D. 23. 3.—C. 5. 12. e seg.—Ulp. Reg. T. 6,*

(10) *C. 5. 14.*

curare la sorte della donna, e de' figliuoli, e di compensare in certo modo, e garentire la dote. La donna non avea diritto su questa donazione, se non dopo disciolto il matrimonio; ovvero anche durante il matrimonio, se il marito pel cattivo stato de'suoi affari era costretto di fare l'abbandono dei suoi beni a' suoi creditori; la moglie allora prendeva per lei, e pe' suoi figliuoli la donazione a causa di nozze (1).

Scioglimento del matrimonio.

Si discioglievano le nozze per la morte di uno de' conjugi, per la perdita della libertà, per la cattività, pel divorzio (2). Di tutti questi modi l'ultimo solamente richiede alcuna spiegazione. I romani non aveano le medesime nostre idee nè intorno alla formazione del matrimonio, nè intorno al suo scioglimento. I matrimonî si formavano, come una certa classe di contratti, pel solo consentimento delle parti accompagnati dalla tradizione; allo stesso modo si discioglievano, perchè dicevasi, tutto ciò che si è legato si può disciogliere (*quoniam quidquid ligatur solubile est*) (3). E però il divorzio (*divortium*, *repudium*) rimonta secondo gli storici all' origine di Roma (4); esso fu ammesso dalle Dodici Tavole, le cui disposizioni su tal riguardo non ci son note (5). Però si è preteso che per lo spazio di meglio che cinquecento anni niun marito non osasse darne l'esempio infino a Sp. Carvilio Ruga, il quale dai Censori fu costretto di ripudiare la moglie, a cagione di sterilità (6). Senza entrare a discutere se questa opinione sia ben fondata, si può notare che dalla storia non apparisce, che i Romani abbiano mai abusato del divorzio fino agli ultimi tempi della repubblica, tempi in cui la corruzione dei costumi penetrò nelle famiglie; i titoli di *vir* ed *uxor* perderono la loro dignità, e la durata d'un matrimonio ordinario non oltrepassò quella d' un consolato (7). Le leggi di Augusto *Julia* e *Papia Poppea* cominciarono a diminuire quest'abuso, ed appresso le costituzioni imperiali regolarono il divorzio, ne stabilirono le cagioni, e punirono coloro che senza cagione il facevano.

Il divorzio poteva aver luogo sia pel consentimento de'due coniugi (*bona gratia*) (8), sia per la volontà di un solo. In quanto al primo caso, Giustiniano stesso dice che non accade farne parola, perchè le convenzioni delle parti lor servono di regola (*pactis causam, sicut utrique placuit gubernantibus*) (9). In quanto al secondo, era necessario che la moglie o il marito, il quale voleva ripudiare il suo consorte, si fondasse sopra una delle cagioni stabilite per la prima volta da Teodosio e Valentiniano (10); il divorzio fatto senza cagione esponeva chi l' aveva provocato alle pene stabilite dai medesimi imperadori, e che principalmente consistevano nella perdita di alcuni diritti pecuniarî. Giustiniano nelle sue Novelle confermò ed estese siffatte leggi (11). Non era necessario l' intervenimento di alcun magistrato per compiere il divorzio, ma non poteva altrimenti farsi che alla presenza di sette testimoni (12), e dopo che uno de'conjugi avea mandato all'altro l' atto di ripudio (*repudium mittere*) (13). Quest'atto conteneva le seguenti parole passate in formola: *Tuas res tibi habeto*, togli con te ciò che ti appartiene; *tuas res tibi agito*, fa da te stesso i tuoi affari (14).

Dopo lo scioglimento del matrimonio il marito poteva contrarne un altro all'istante, ma la donna nol poteva se non dopo l' anno del corruccio, pena l' infamia (15). Le seconde nozze comandate dalle leggi di Augusto furono più tardi riprovate dalle costituzioni imperiali. La legge Papia non dava ai conjugi per rimaritarsi che due anni nel caso di morte, ed un anno e mezzo nel

(1) *Inst. 2. 7. §. 3—C. 5. 3.*
(2) *D. 24. 2. 1.—Nov. 22. c. 3. e seg.*
(3) *Ivi.*
(4) *Plutarco Romul.*
(5) *Cicer. Phil. 2.—De Orator. 1. 40.*
(6) Dionigi d' Alicarnasso *l. 2.*—Valerio Massimo *l. 2. c. 10.*—Aulo Gellio *l. 4. c. 3.*
(7) Seneca *de benef. l. 3. c. 16.*—Giovenale *sat. 6. v. 239.*
(8) *C. 5. 17. 9.*
(9) *Nov. 22. c. 4.*
(10) *C. 5. 17. 8.*
(11) *Nov. 22. c. 15. 16. Nov. 117. c. 5.*
(12) *Dig. 24. 2. 9. f. Paul.*
(13) Ecco come Teodosio si esprime intorno a ciò: *Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta, non nisi misso repudio, dissolvi praecipimus; solutionem enim matrimonii difficiliorem debere esse, favor imperat liberorum. C. 5. 17. 8.* —Tra *divortium*, e *repudium* pare esservi questa differenza, che *divortium* esprime il fatto del divorzio, mentre *repudium* dinota più specialmente l' atto contenente la dichiarazione di divorzio fatta da uno de' conjugi all' altro. Modestino fa notare quest' altra differenza, che il divorzio non ha luogo che tra i conjugi, mentrechè dicesi anche *repudium* l' atto che scioglie gli sponsali (*D. 50 16. 101. § 1).*
(14) *D. 24. 2. 1. § 1.*
(15) *C. 5. 9. 2.—Dig. 3. 2.*

caso di divorzio (1); per contrario Teodosio e Valentiniano minacciarono delle pene pecuniarie a coloro che si rimaritavano, e Giustiniano li imitò (2). Le leggi di Augusto avevano avuto per iscopo la moltiplicità de' matrimonî, e la propagazione de' cittadini, quelle di Teodosio e Giustiniano l'interesse de' figliuoli del primo letto, perciocchè se non v'erano figliuoli, le seconde nozze non esponevano a veruna pena.

Del concubinato.

Il concubinato (*concubinatus*) era il commercio lecito di un uomo ed una donna, senza che vi fosse matrimonio tra loro (*licita consuetudo, causa non matrimonii*) (3). Secondo i costumi de' romani il concubinato era permesso, ed anche frequente: le leggi lo distinguevano dallo *stuprum*, e nol colpivano d'alcuna pena (*extra legis poenam est*) (4). Ma è cosa chiara che quando l'unione era macchiata di corruzione o violenza usata su di una persona onesta, quando era fatta tra parenti o affini ne' gradi proibiti, non era più un concubinato, ma sibbene uno *stuprum, adulterium, incestum*: « *Puto solas eas in concubinatu habere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur* » (5). E però l'uomo che avea moglie non poteva avere una concubina (6), nè si potevano avere più concubine in un tempo medesimo; questo sarebbe stato un libertinaggio, che le leggi non potevano tollerare (7).

Il concubinato non aveva niente d'onorevole, principalmente per la donna; e però ordinariamente non si aveano a concubine che delle schiave fatte libere, delle donne di umili natali, o che s'erano prostituite: *In concubinatu potest esse et aliena liberta et ingenua, maxime ea quae obscuro loco nata est, vel quaestum corpore fecit*: Le donne ingenue ed oneste si doveano torre in moglie (*uxorem eam habere*); o per lo meno, se alcuna se ne volea tenere in luogo di concubina, bisognava attestar questo fatto in un atto formale, altrimenti il commercio con lei sarebbe stato uno *stuprum* (8). Ma questa donna consentendo ad esser concubina, perdeva la sua stima, il titolo onorevole di *mater familias*, di *matrona*. Marcello stesso non parla di cotali donne che all' occasione di quelle che vivono vergognosamente (9).

Il concubinato non era un matrimonio; e però non vi era nè *vir*, nè *uxor*, nè dote, nè potestà paterna; potevansi torre a concubine delle donne, che non sarebbe stato lecito sposare, come per es. delle donne di mala vita, delle attrici, delle donne sorprese in adulterio (10); l'amministratore di una provincia poteva prendervi una concubina, non già una moglie (11). Così il concubinato non produceva alcun legame, ma cessava in qualsivoglia tempo per la volontà delle due parti, o d'una sola, senza che vi fosse divorzio, o necessità d'inviare un atto di ripudio; poteva per altro trasformarsi in giuste nozze quando non vi fosse impedimento. Comechè esso non fosse un matrimonio, pure produceva un effetto riguardo a' figliuoli, ed è questo, che indicava la paternità. Siffatti figliuoli non erano *iusti liberi*, perchè non v'erano giuste nozze, ma non per questo erano *spurii*, *vulgo concepti*: essi dicevansi *naturales liberi* (12), ed avean per padre l'uomo vivente in concubinato con la madre loro. La qualità di figliuolo naturale non li poneva nella famiglia del loro padrone, e non dava loro alcun diritto di successione sui beni di lui (13); ma sì bene li rendeva abili ad esser legittimati. Si potrebbero sotto alcune relazioni assomigliare ai nostri figliuoli naturali riconosciuti. Quì si vuol notare, che rispetto alla madre, siccome la maternità è sempre certa, siccome ella non ha potestà paterna sopra di alcun figliuolo, così non poteva guari esservi differenza tra i figliuoli *justi*, *naturales*, e *spurii* (14).

Per regola generale non osservavasi alcuna formalità per mettersi in concubinato, e siccome lo stesso avveniva per contrarre matrimonio, e nelle due unioni vi era egualmente coabitazione con una sola donna, con la quale potea esser congiungimento senza delitto, ne seguita che la concubina non si distingueva dalla moglie al-

(1) *Ulp. Reg. T. 14.*
(2) *C. 5. 9. 3. e seg. Nov. 22. c. 22. Nov. 127. c. 3.* (3) *C. 6, 57, 5, in fin. — D. 48, 5, 34.*
(4) *D. 25, 7, 3, § 1, f. Marc.*
(5) *D. 25, 7, 1, f. Ulp.*
(6) *C. 5, 26. — Paul. Sent. 2, 20.*
(7) *Nov. 18, c. 4, §. Si autem confusa.*
(8) *Dig. 25, 7, 3.*
(9) *Dig. 23, 2, 41, fr. Marcel. — 48, 5, 13, f. Ulp.*
(10) *D. 25, 1, 7, §. 2.*
(11) *Dig. 25, 7, 5.*
(12) *C. 5, 27.*
(13) Vedete la *Nov. 18, c. 5.* nella quale Giustiniano dà loro qualche diritto.
(14) *Inst. 3, 4, 3.*

trimenti che per l'intenzione delle parti (*sola animi destinatione*) (1), per la sola affezione dell'uomo (*solo dilectu*) (2), per la sola dignità della donna (*nisi dignitate*) (3). Ma non si creda che siffatta differenza fosse difficile a stabilire; imperocchè il modo di essere nella famiglia, e nella società distingueva abbastanza il concubinato dalle giuste nozze. D'altra parta in una infinità di casi non eravi pericolo di potersi ingannare; così se si trattava di una donna, che non si sarebbe potuto sposare, sorpresa in adulterio, domiciliata nella provincia e vivente con l'amministratore etc., non v'era luogo a dubitare ch'ella non fosse concubina; se una donna era ingenua ed onesta, parimenti non v'era dubbio, giacchè ella non poteva vivere in concubinato, senza che si fosse attestato in un atto manifesto; da ultimo se trattavasi di una donna di rei costumi, si presumeva ch'ella fosse in concubinato (4). L'atto dotale, che ordinariamente accompagnava le giuste nozze, era pure un indizio (5)

Delle legittimazioni.

XIII. *Aliquando autem evenit, ut liberi qui statim, ut nati sunt, in potestate parentum non sunt, postea autem redigantur in potestatem parentum: qualis est is qui, dum naturalis fuerat, postea curiae datus, potestati patris subjicitur; nec non is qui a muliere libera procreatus*, cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat, *sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione* dotalibus instrumentis compositis, *in potestate patris efficitur*. Quod et aliis liberis *qui ex eodem matrimonio postea fuerint procreati similiter nostra constitutio praebuit.*

13. Talora suole avvenire che i figliuoli subito che son nati non siano in potestà del padre, ma vi si riducano dopo, com'è colui, che mentre fu semplicemente naturale, dato poi alla Curia, sottentra alla potestà paterna. E lo stesso è di colui ch'è nato di donna libera, *il matrimonio della quale non era per legge impedito*, ma il padre avea solo usato con lei; se questi abbia di poi compilato l'istrumento dotale, il figliuolo cade sotto la potestà paterna per la nostra costituzione: la qual cosa ha similmente conceduto *a tutti gli altri figliuoli*, che di poi saranno generati dal medesimo matrimonio.

I figliuoli procreati da giuste nozze son legittimi, e sottoposti al potere paterno; ma quelli nati fuori le giuste nozze son fuori la potestà e la famiglia del padre. Or non v'era egli modo da ridurli sotto questa potestà, ed assomigliarli ai figliuoli legittimi? Sotto la Repubblica non eravi alcun atto che avesse questo scopo speziale. Egli è vero, che quando concedevansi i diritti di cittadinanza ad uno straniero, ed a'suoi figliuoli, costoro da questo istante eran riguardati come nati di giuste nozze, ed entravano sotto la potestà del loro padre, ma quest'effetto non era che una conseguenza accessoria de'diritti di cittadinanza, che loro si concedavano. La legge *Ælia Sentia*, e la legge *Junia* (6) sotto Augusto, introdussero alcuni modi, per ridurre in potestà de'padri i figliuoli che non v'eran sotposti, ma questi modi erano particolari a certi casi; essi si rannodavano ancora ai diritti di cittadinanza, ed alla legislazione sui libertini Latini; e però caddero in disuso insieme con questa legislazione (7).

Non prima del regno di Costantino comparve il primo modo generale di render legittimi, e ridurre in potestà del padre i figliuoli naturali. Questa parte della legislazione maggiormente si svolse sotto i seguenti imperadori. Al tempo delle Istituzioni si poteva pervenire a questo risultamento in due modi: pel susseguente matrimonio, o per l'oblazione alla Curia. Giustiniano nelle sue Novelle ne aggiunse due

---

(1) *D. 25. 7, 4, f. Paul.*
(2) *Paul. Sent. 2, 20.*
(3) *D. 22, 1, 5, 49, § 4, f. Ulp.*
(4) *D. 23, 2, 24, f. Modest.*
(5) La religione cristiana cercò lungo tempo di fare sparire il concubinato. L'imperatore Leone il Filosofo (an. 88. di G. C.) abrogò le leggi, che lo avean permesso, come un vergognoso errore del legislatore contrario alla religione, ed alla decenza naturale « Perchè, dic'egli, facendo allusione al matrimonio, perchè mentre potete bere ad una fonte pura, vorreste meglio abbeverarvi in un pantano? » (*Leon. const. 91.*).
(6) *Gai. 1, § 65. — Ulp. Reg. 3. § 3.*
(7) Gaio spiega lungamente questi modi. Il primo (*per causam probare*) avea luogo pel libertino latino, che avea preso una donna dichiarando innanzi a testimoni, ch'ei la prendera per averne dei figliuoli (*liberorum quaerendorum causa*); quando egli aveva avuto un figliuolo, o una figliuola, poteva, dopo che il figliuolo avea compiuto un anno (*anniculus factus*) presentarsi innanzi al pretore, o al presidente, e provare la cagione, per la quale s'era unito alla madre (*causam probare*); e da quel momento egli di Latino che era diveniva cittadino romano, ed acquistava la potestà paterna nel suo figliuolo, che diveniva legittimo. (*G. 1. § 66.—Ulp. Reg. 3. § 3.*). Il secondo (*per causam erroris probare*) avea luogo pel cittadino romano, il quale per errore avea sposata una Latina, una straniera, e reciprocamente: quando da quest'unione eran nati de'figliuoli si poteva provar l'errore (*causam erroris probare*), e l'unione diveniva giuste nozze, ed il padre acquistava la paterna potestà (*Gai. 1, §. 67, e seg.*).

altre: per rescritto del Principe, per testamento. Oggidì si dà il nome di legittimazione a quell'atto, pel quale i figliuoli naturali si rendono legittimi (*justi legitimi efficiuntur*). Quantunque questa parola non sia stata consacrata nelle leggi romane, si può tuttavia adoperare, perchè esprime benissimo la cosa. Noi ci facciamo ad esaminar successivamente i diversi modi di legittimazione, ma in prima osserviamo, che non si potevano legittimare se non i figliuoli nati d' un concubinato, e non già gli *spurii*, giacchè questi non aveano padre noto agli occhi della legge.

Legittimazione per susseguente matrimonio. Essa ha luogo quando un uomo, che ha figliuoli d'una concubina, sposa costei, e trasforma il condubinato in giuste nozze. Costantino la introdusse (an. 335 di G. C.); e Zenone (476 di G. C.) in una costituzione citata nel Codice dichiarò ch'essa non poteva applicarsi se non ai figliuoli naturali già esistenti al tempo della pubblicazione della sua legge; il suo scopo era quello di spingere le persone che vivevano in concubinato a contrarre subito matrimonio; se avevano de' figliuoli, a fine di legittimarli; se non ne avevano, per tema di non poter legittimare quelli che sarebbero sopravvenuti (1) Ma Giustiniano ristabilì in principio generale questo modo di legittimazione (2).

Le condizioni necessarie perchè la legittimazione potesse aver luogo erano: 1.° che al momento del concepimento dei figliuoli il matrimonio tra il padre e la madre non fosse vietato da alcuna legge (*cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat*). Alcuni comentatori per verità intendono semplicemente per queste parole, che il matrimonio dovesse esser possibile al momento, in cui volevasi legittimare il figliuolo; ma questo senso affatto insignificante non è quello della legge, e Teofilo nella sua parafrasi chiaramente dice: Io ho avuto commercio con una donna, che niuna legge non m'impediva di tor per moglie, vi mancava solo la mia volontà, io ne ho avuto un figliuolo, etc. 2.° Che si formasse un atto, che contenesse la costituzione di dote (*dotalibus instrumentis compositis*), o che servisse semplicemente per comprovare il matrimonio (*instrumenta nuptialia*, *nuptiales tabulae*). Questo atto non era necessario alla validità del matrimonio, ma sì bene alla legittimazione, affine di segnare senza alcun dubbio l'istante in cui, mutandosi il concubinato in giuste nozze, avveniva la legittimazione. Del rimanente niun testo di legge richiedeva che i figliuoli si dovessero iscrivere in quest' atto di matrimonio; 3.° Che i figliuoli ratificassero la legittimazione (*hoc ratum habuerint*), perchè essi non potevano loro malgrado esser sottoposti alla potestà paterna; e nulla impediva che alcuni consentissero, altri ricusassero. Questi principî, per altro già riconosciuti (3), sono per la prima volta formalmente enunciati da Giustiniano nella Novella 89 c. 11.

Quod et aliis liberis. L'effetto delle giuste nozze contratte in luogo del concubinato si estende e su i figliuoli di già nati, e su quelli che nasceranno dapoi. I primi di naturali che erano divengono legittimi, e i secondi invece di nascere naturali nasceranno legittimi. Così tutti i testi, non solo quelli delle Instituzioni, ma ancora quelli del Codice non mancano d'indicare questo duplice risultamento (*vel ante matrimonium, vel postea progeniti — Sive ante dotalia instrumenta editi sint, sive postea* (4). Tra questi ultimi bisogna com-

(1) *C. 5, 27, 5.*
(2) *C. 5, 27, 10,*
(3) *D. 1, 6, 11, f. Modes.*
(4) *C. 5. 27, fr. 5 e 10.* Nondimeno queste parole del testo, *quod et aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati similiter nostra constitutio praebuit* sono state ordinariamente considerate come alterate, perchè, si dice, i figliuoli nati dopo il matrimonio non hanno alcun bisogno, che loro si conceda una legittimità che hanno di diritto. In conseguenza si sono presentate varie correzioni più o meno ragionevoli. Cujacio dice: *quod etsi alii liberi ex eodem matrimonio fuerint procreati etc.* Otomano: *quod etsi alii liberi nulli ex eodem matrimonio fuerint procreati, etc.* Ma la più ingegnosa e la più semplice è quella di Bynkersh, che non cambia assolutamente altro che una sola lettera: *Quod ut aliis liberis etc.* ed allora l senso sarebbe questo: il che la nostra costituzione concede a loro del pari che agli altri figliuoli, che nasceranno dal medesimo matrimonio. Questa correzione dovrebbe fuor d'ogni dubbio essere ammessa, se fosse indispensabile, e se d' altra parte fosse lecito lasciarsi leggiermente indurre a correggere i testi. Ma i passi del codice, che noi abbiam citati nella nostra spiegazione, pruovano che in più d'un luogo gl' imperadori han parlato della legittimità prodotta dalle nozze per i figliuoli nati sia prima, sia dopo. Anche la Parafrasi di Teofilo viene a dissipare ogni dubbio: non solo questi, egli dice, che son nati prima dell' atto dotale, ma ancora quelli che sopravverranno di poi saranno sottoposti alla mia potestà. E però il testo debbe rimaner com' è. Ciò posto si deve forse intendere di non aver voluto parlare che del figliuolo concepito avanti il matrimonio, e nato di poi, perchè costui ha bisogno della legittimazione? Questa è un' ingegnosa opinione indicata da un antico co-

prendere il figliuolo conceputo prima, ma nato dopo la formazione dell' istrumento dotale. Essendo questi conceputo fuori matrimonio dovrebbe esser naturale (1), ma applicandosi a lui la legittimazione, nasce legittimo (2). Del rimanente perchè abbia luogo la legittimazione, non è necessario che nascano de'figliuoli dopo la formazione dell' atto dotale. Questa quistione non si sarebbe neppure presentata, se alcune espressioni equivoche d' una costituzione di Giustiniano non le avesser data occasione (3). Ma quest'imperatore si affrettò a far disparire il dubbio, dichiarando che i figliuoli naturali sarebber leggittimati, sia che nascessero de'figliuoli dopo il matrimonio, sia che non ne nascessero punto, o che quelli i quali n'erano nati, fosser dipoi venuti a morte (4).

Si potevano legittimare pel susseguente matrimonio i figliuoli nati d'una concubina fatta libera, non meno che quelli nati d'una concubina ingenua (5). Che anzi un padrone senza figliuoli legittimi, il quale avea avuti de'figliuoli dalla sua schiava, poteva secondo una Novella di Giustiniano render libera la madre, e sposarla, e per ciò solo i figliuoli divenivano liberi e legittimi (6). Questa è una derogazione al principio che non si possono legittimare se non i figliuoli, la cui madre sarebbesi potuto torre in moglie al momento del concepimento.

Legittimazione per oblazione alla Curia. Noi abbiam lungamente spiegato (*Hist. du droit* p. 321) che cosa erano le curie, i curiali, e i decurioni. Noi sappiamo che i curiali formavano il primo ordine della città, godevano di molti privilegi, ma che la loro condizione li assoggettava a molte, e gravi obbligazioni, che sovente si cercava di evitare. Noi sappiamo che il titolo di curiale si trasmetteva dal padre ai figliuoli legittimi, che i cittadini ricchi potevano farsi accettare dalla Curia essi o i loro figliuoli, ed entrate così nella classe de' curiali. Ma il padre, che voleva procurar quest'onore a'suoi figliuoli, dovea assicurar loro una fortuna, che li rendesse capaci di aspirarvi. I figliuoli naturali d' un padre curiale non succedevano al suo titolo, e d'altra parte erano incapaci di ricevere da lui per testamento al di là di una certa e determinata porzione. Teodosio e Valentiniano (an. 442 di G. C.) furono i primi a dichiarare, che se un cittadino, curiale o no, avesse solamente de' figliuoli naturali, essi gli permettevano di offrire alla Curia della sua città quelli tra'suoi figliuoli ch' egli meglio volesse, e di dar loro in conseguenza o per testamento o per donazione anche la totalità de'suoi beni; e parimente, che se una figliuola naturale sposasse un curiale diverrebbe per tal modo capace di ricevere anche la totalità dei beni di suo padre. Lo scopo di quest' imperatore era nel primo caso di attirare delle nuove persone nella classe de' curiali; e nel secondo di concedere un favore a quelli che già erano curiali (*ut novos lex faciat curiales, aut foveat quos invenit*) (7).

Questa istituzione si venne col tempo maggiormente ampliando; infatti il figliuolo naturale dato alla Curia acquistò dei diritti di successione anche *ab intestato*, come se fosse legittimo (8), ei fu sottoposto alla potestà paterna (*legitimus mox fiet, naturalium jure omnino liberatus*); e l'oblazione alla Curia divenne un modo di legittimazione. Giustiniano lo confermò e nol permise soltanto, come fin allora erasi fatto, a quei che non avevano se non figliuoli, ma anche a quelli, che di già aveano altri figliuoli legittimi (9). Una cosa particolare a questo modo di legittimazione è che il figliuolo, comechè entrasse sotto la potestà del padre, pure non acquistava diritti, se non per rispetto a costui solamente, ma niun diritto aveva relativamente a'suoi agnati o cognati; di tal che si può dire, che non entrava nella famiglia (10), cosa che sarebbe stata inconcepibile, secondo i rigorosi principî del diritto antico; perciocchè non si poteva essere sotto la potestà del padre, senza essere nella sua famiglia. Non si dee credere che l'oblazione alla Curia fosse un modo di legittimazione praticabile da ogni sorta di persone; esso era solo per persone ricche. Tanto meno si dee pensare che

mentatore, ma oltrechè essa renderebbe particolare una legge generale, un' osservazione basta per distruggerla: le Istituzioni e Teofilo, parlano di *più figliuoli* nati dopo il matrimonio; or se non si fosse fatta allusione che al figliuolo conceputo prima, e nato dopo il matrimonio, non si sarebbe parlato che d' *un solo figliuolo* come nella *legge 11.* nel *C. 5. 27.* e nella *Nov. 89. c. 8*, perciocchè, salvo i gemelli, non si potrebbe trovare più d' un figliuolo in questo caso.

(1) *D. 1, 5, 11, f. Paul.*
(2) *C. 5, 27. 10.* (3) *C. 5, 27, 10.*
(4) *C. 5, 27, 11, f. — Inst. 3, 1, 2, — Nov. 74, Praef.*
(5) *Nov. 18, c. 11.*
(6) *Nov. 78, c. 4.*
(7) *C. 5, 27, 5.*
(8) *C. 5, 27, 4.*
(9) *C. 5, 27, 9, § 3. — Nov 89, c. 2 e seg.*
(10) *Ivi pr.*

i figliuoli dati alla Curia si trovassero in uno stato dipendente e quasi servile; essi entravano nella classe dei curiali, e doveano esercitare alla lor volta le funzioni di decurioni.

L'oblazione alla Curia produceva l'effetto di dar loro in un tempo medesimo un titolo onorevole, quantunque penoso, è la fortuna del loro padre (*curiae splendore honestare, et hereditatis opibus adjuvare*) (1). Una infinità di testi, oltre di quello, che abbiam citato, fanno fede dell'onore che vi si attaccava: « *Illustris ordine civitatis illuminet* ». « *Municipalibus eum voluit aggregare muneribus, et donare patriae principalem* ». « *Nostrae civitatis curiae principalem* etc. » (2). E tanto più si amplificavano le espressioni, e l'attrattiva di questi onori, quanto più i carichi reali eran divenuti gravosi. Del resto non potevansi legittimare i figliuoli a loro malgrado, per l'oblazione alla Curia, più che pel susseguente matrimonio.

Legittimazione per rescritto. Questo modo fu introdotto da Giustiniano nella Novella 74. Esso consisteva nell'ottenere dall'imperatore un rescritto, che permetteva la legittimazione; ma, per ottenere siffatta permissione si richiedeva, che il padre il quale la domandava non avesse alcun figliuolo legittimo, e che gli fosse impossibile di sposare la madre de' suoi figliuoli naturali, perchè fosse morta, o scomparsa, o per qualunque altra valida ragione (3).

Legittimazione per testamento. Se un padre, che non avea se non dei figliuoli naturali, non li avesse legittimati vivendo, e morendo avesse nel suo testamento manifestato il desiderio, che fosser legittimati, questi figliuoli potevano dirigersi all' Imperatore ed ottenere da lui il rescritto di legittimazione, e per questo modo si trovavano eredi del padre loro (4).

L' adozione, secondo una costituzione d' Anastasio, era stata un modo di legittimare i figliuoli naturali, ma Giustino abrogò questa costituzione, e Giustiniano confermò l' abrogazione (5).

TITULUS XI. DE ADOPTIONIBUS.

Non solum autem naturales liberi secundum ea, quae diximus, in potestate nostra sunt, verum etiam ii quos adoptamus.

TITOLO XI. DELLE ADOZIONI.

Non solamente i figliuoli naturali (6) sono, per quel che si è detto, in poter nostro, ma eziandio quelli che noi adottiamo.

Gaio, Ulpiano, e le Instituzioni non trattano altrimenti dell' adozione che riguardandola siccome un atto che produce la potestà paterna.

L' adozione fin dalla sua origine avea per iscopo di far entrare una persona nella famiglia, e di acquistar su di lei la potestà paterna. L' adottato usciva della sua famiglia naturale, nella quale perdeva tutti i diritti di agnazione, e per conseguente di successione, e vi diveniva estraneo agli Dei domestici, ed alle cose sacre; ma in cambio egli entrava nella famiglia dell' adottante, acquistava in essa i diritti di agnazione e di successione, e vi partecipava delle cose sacre e degli Dei Lari. Egli prendeva il nome dell'adottante, e conservava quello della sua prima famiglia, trasformandolo però in aggettivo per la terminazione *ianus*. *Scipio Æmilianus*, Scipione Emiliano; *Caesar Octavianus*, Cesare Ottaviano (*Hist. du droit* p. 253). Le adozioni, come dice Cicerone, traevano seco il diritto di succedere al nome, ai beni, ed agli Dei domestici (7).

L' adozione si annovera tra le antiche istituzioni di Roma. Si vede nella storia più d' una famiglia potente, presso ad estinguersi per difetto di figliuoli, esser ravvivata da un'adozione. Questo atto spezialmente nelle famiglie patrizie era molto più frequente che non è a'dì nostri. Non pertanto non si riputava tanto benemerito della patria quegli, che non avendole dato per se stesso effettualmente un figliuolo, ricorreva così ad una finta paternità (8).

Del rimanente importa di ben comprendere la varia natura di questa istituzione nella città di Roma. Mentre le nozze, astrazion fatta dalla *manus*, dalla potestà maritale, erano un atto privato, l'adozione, come di già abbiam veduto per la manomissione, e come fra poco vedremo pel testamento, era un atto pubblico, essenzial-

(1) *C. 5, 27, 3.*
(2) *C. 5, 27, fr. 3, e 4.*
(3) *Nov. 74. c. 2.—Nov. 89. c. 9.*
(4) *Nov. 74. c. 2. § 1.—Nov. 89. c. 10.*
(5) *C. 5. 27. fr. 6. e 7.—Nov. 74. c. 3.*
(6) La parola *naturali* (*naturales liberi*) presa, come nel titolo precedente per opposizione a *justi liberi* dinota i figliuoli nati dal concubinato, ma presa, come in questo luogo, per opposizione a *liberi adoptivi* dinota i figliuoli realmente nati da una persona.
(7) *Hereditas nominis, pecuniae, sacrorum seculae sunt. Cicer. pro domo 13. § 35.*
(8) *Aul. Gell. 5, 19.*

mente legato all'ordine politico. Per la manomissione davasi alla città un nuovo membro; per l'adozione uno dei suoi membri, forse uno de'suoi capi di famiglia era assorbito e trasferito in altra famiglia; pel testamento si designava nella città un uomo per prendere il posto del morto, e per continuare giuridicamente la persona di lui. Or le costituzioni aristocratiche e patrizie come quella di Roma, non permettevano facilmente quest' alterazione delle famiglie, questi nuovi membri dati, tolti all'associazione, o modificati nel loro stato; era necessario che l'associazione vi consentisse, o almeno che vi concorresse.

Sotto questo riguardo vi è a studiare una notabile ed importante analogia tra la manomissione, l'adozione, ed il testamento, e segnatamente tra queste due ultime istituzioni.

È mestieri che il popolo stesso, le stesse Curie romane pronunziino da se medesime. Esse sole per una legge curiata posson fare l' adozione o il testamento. La città, la corporazione stessa consente all' assorbimento di uno de'suoi membri in un'altra famiglia, ovvero che il tal membro, dopo la sua morte, sia continuato nella città dal tal'altro.

Di quì è che in sul principio non vi è bisogno su questi punti d'un diritto preciso, nè di regole formolate. Le curie sovrane pronunziano elle stesse, e ciascuna volta fanno una legge.

Ma più tardi vengono sù le finzioni, e i modi indiretti per condurre con minor difficoltà al risultamento medesimo. L'intervenimento della città si toglie via, o divien meno diretto, e per conseguenza cominciano a determinarsi e formolare le regole. Così noi abbiam veduto una vendicazione finta della libertà, (la *vindicta*, l' *in jure cessio*) dare un mezzo di francare gli schiavi, senza attendere la numerazione de'cittadini e senza l'iscrizione sul censo; così una finta mancipazione del patrimonio, dell'eredità futura condurrà ad una specie di testamento indiretto (*testamentum per aes et libram*. Vedi quì appresso lib. 2. tit. 10. §. 1.); così delle finte mancipazioni condurranno a liberare un figliuolo dalla potestà paterna, ed a renderlo capo di famiglia prima della morte di suo padre, la qual facoltà non davano al padre nè il diritto primitivo, nè la stessa legge delle dodici Tavole, (Vedi appresso lib. 1. 12 § 6.); così finalmente queste due formalità combinate (le mancipazioni finte, e la *vindicta*, l'*in jure cessio*) condurranno, ove si tratti non di un capo, ma di un figliuolo di famiglia, ad una sorta di adozione, nella quale si farà di meno del concorso del popolo. In somma il diritto privato guadagna terreno sul diritto pubblico.

In fatti la parola *adozione* era un termine generico; ma si distinguevano due specie di adozione: l'*arrogazione* che applicavasi ai capi di famiglia, *sui juris*; e l' *adozione* propriamente detta, che si applicava ai figliuoli di famiglia, *alieni juris*: questi differivano sì per la forma e sì per gli effetti.

La prima apparteneva al diritto primitivo ed organico, la seconda fu introdotta di poi per mezzi finti ed indiretti.

L'arrogazione faceva passare sotto la potestà d' altrui un capo di famiglia con tutt'i suoi beni e tutte le persone, che gli eran sottoposte. La casa di cui esso era capo si confondeva con quella dell' arrogante; egli non era più scritto sul censo come figliuolo; perdeva i suoi Dei domestici, ed entrava nelle cose sacre della sua nuova famiglia (*in sacra transibat*) (1); i quali mutamenti erano siffattamente gravi ed importanti per la città, e per la religione, che necessariamente richiedevano il consentimento del popolo, e l' approvazione del collegio de' Pontefici (2); e però l'arrogazione restò sottomessa al diritto primitivo, non potendo aver luogo se non in forza d'una legge curiata (*populi auctori-*

---

(1) *C. 5, 28, 57,* § *2. — Ivi 6, 58, 13,* § *1. — Valer. 7, 7.*

(2) Pare che neanche negli ultimi tempi della repubblica vi fossero state leggi speciali per regolare le condizioni dell' adozione; e che si seguisse per questo atto un diritto di consuetudine, e l'autorità de' Pontefici. Noi troviamo in Cicerone un passo relativo a questa materia. Un senatore, Clodio, volendo entrare nell' ordine de' plebei per divenire tribuno, s'era dato in arrogazione ad un plebeo, che era più giovane di lui. Cicerone cui premeva di dimostrare la nullità di quest'adozione così si esprimeva in un discorso recitato innanzi al collegio de' Pontefici: « . . *Quod est*, *Pontifices jus adoptionis? nempe ut is adoptet qui neque procreare jam liberos possit, et quum potuerit sit expertus. Quae deinde causa cuique sit adoptionis, quae ratio generum ac dignitatis, quae sacrorum quaeri a pontificum collegio solet. Quid est horum in ista adoptione quaesitum? Adoptat annos viginti natus, etiam minor, senatorem. Liberorumque causa? at procreare potest, habet uxorem, suscepit etiam liberos. Exheredabit igitur pater filium. Quid? sacra gentis Clodiae cur intereunt quod in te est?* » Cic. Pro dom. 13. § 34.

tate). Si domandava nei comizi all' arrogante, se volesse prendere un tale per suo figliuolo legittimo, all'arrogato, se consentisse a divenir tale, al popolo se lo comandasse, ed allora se per altro il collegio dei pontefici non vi si fosse opposto, l' arrogazione si avea per compiuta. E da queste diverse interrogazioni è venuto il nome di arrogazione (1). Non pertanto egli è vero che poco dopo le Dodici Tavole quando le assemblee per curie non ebber più luogo che fintamente , questa legge curiata divenne una semplice formalità; perocchè trenta littori rappresentavano ciascuna delle curie, e sotto la presidenza di un magistrato prestavano il loro consentimento. (*Hist. du droit*. p. 174).

L'adozione propriamente detta aveva per effetto di far passare un figliuolo d' una famiglia in un' altra. Per quest' adozione fu trovato un modo indiretto, una finta forma di esecuzione. La potestà paterna di colui che dava in adozione si dovea estinguere in lui, e trasmettere nel capo che adottava. Da ciò si comprende che le forme indirette di quest'adozione dovettero esser delle forme atte da una parte all'estinzione, e dall'altra alla cessione della potestà paterna. Esse si composero della vendita solenne detta *mancipatio*, *alienatio per aes et libram* , e della cessione giuridica (*in jure cessio*). La mancipazione , che dovea esser ripetuta tre volte per un figlio maschio in primo grado, serviva a distruggere la potestà paterna conformemente alla legge delle Dodici Tavole (*Hist. du droit*. p. 89); la cessione giuridica poi serviva a far dichiarare dal magistrato,che l'adottato apparteneva in qualità di figliuolo all'adottante (2).

Negli ultimi tempi della republica s' introdusse l'uso di dichiarare,che si considerava il tale cittadino come proprio figliuolo. In questo modo Giulio Cesare adottò Ottavio,e più d'un imperatore seguì lo stesso metodo; ma perchè quest'adozione avesse il suo effetto, fedeli agli antichi principî;aveano cura di farla ratificare da un plebiscito (3); del resto essa non poteva produrre potestà paterna, giacchè l' adottante era morto, ma dava solamente de' diritti di successione,come se la potestà avesse avuto luogo.

Al tempo di Gaio e d'Ulpiano le condizioni delle adozioni erano state determinate e svolte da' senato-consulti , dalle costituzioni, e spezialmente dagli scritti de' giureconsulti ; quanto alle forme, tali erano ancora, quali ora le abbiamo esposte. Potrebbe a taluno far meraviglia, che l'arrogazione si facesse per l'autorità del popolo (*per populum*, *auctoritate populi*) (4) , quando già quest' autorità era svanita, e non si tenevano più assemblee popolari; ma cesserà la meraviglia quando si ponga mente , che ciò non era altro che una finta ceremonia , la quale avea ben potuto sopravvivere alla repubblica.Del rimanente anche questa finzione in seguito disparve,e si giunse al termine, che le arrogazioni si facevano in virtù d'un rescritto imperiale. Facciamoci ora ad esaminare su questo soggetto la legislazione di Giustiniano secondo le Istituzioni.

---

(1) «*Quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is qui adoptat rogatur, idest interrogatur an velit eum quem adoptaturus sit justum sibi filium esse; et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur ; et populus rogatur an id fieri jubeat* » (Gai. 1. 29.) — Le formole di queste diverse interrogazioni ci sono indicate: da Cicerone,*Pro domo* 29 per l' interrogazione diretta all' adottato : « *Credo enim, quamquam in illa adoptione legitime factum est, nihil, tamen te esse interrogatum*: auctorne esses,ut in te P. Fontejus vitae necisque potestatem haberet, ut in filio?» e da Aul. Gell. *Noct. att*. 5. 19. per l'interrogazione diretta al popolo « *Velitis, jubeatis, Quirites uti L. Valerius L. Titio tam jure legeque filius sibi siet,quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet uti patri endo (pariendo) filio est: haec ita ut dixi ita vos, Quirites, rogo.* »

(2 *Adoptantur autem, cum a parente in cujus potestate sunt tertia mancipatione in jure ceduntur,atque ab eo qui adoptat apud eum,apud quem legis actio est, vindicantur* (Gell. 5. 19.) Svet. *in Aug. 64*. — Perchè il concorso di queste due formalità la *mancipazione* , e la cessione *in jure* ? Non sarebbe bastata una sola ? No, vi bisognava la mancipazione, perchè questo era il solo modo indicato dalle Dodici Tavole per estinguere la potestà paterna del capo che dava in adozione; vi bisognava di più la cessione *in jure*, perchè in forza della mancipazione il figliuolo era venduto solennemente, è vero, ma non in qualità di figliuol di famiglia ; egli si trovava *in mancipio* dell' acquirente, e solo la cessione *in jure* poteva dargli la qualità di figliuolo. Egli è cosa utile ricordare che la cessione *in jure*, di cui abbiam detto qualche parola p. 60, e 9.), era la finta rappresentazione di una lite. Il compratore che voleva adottare, reclamava il figliuolo come suo per via d'una simulata vendicazione innanzi al magistrato che avea giurisdizione (*vindicabat*); il padre non contraddiceva , ed il magistrato dichiarava che il figliuolo apparteneva all' adottante. Ecco perchè il passo d' Aulo Gellio che abbiam citato, e la *legge 4. del Digesto 1. 7.* dicono che l' adozione non poteva farsi che presso ai magistrati, innanzi ai quali potevano intentarsi le azioni della legge, come i pretori, i consoli, i presidenti.

(3) *App*. Bell. civ. *3, 14, 94.*

(4) *Gai. 1, 99.* — *Ulp. Reg. 8,* § *2.*

1. *Adoptio autem duobus modis fit, aut* principali rescripto, *aut* imperio magistratus. *Imperatoris auctoritate adoptare quis potest eos easve qui quaeve sui juris sunt: quae species adoptionis dicitur adrogatio. Imperio magistratus adoptamus eos easve, qui, quaeve in potestate parentum sunt; sive primum gradum liberorum obtineant, qualis est filius, filia; sive inferiorem, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis.*

1. L'adozione si fa in due modi o *per rescritto del Principe*, o *per imperio del magistrato*. Per autorità dell'Imperadore l'uomo può adottare quei maschi o quelle femmine, che sono liberi e di propria ragione, la qual sorta d'adozione è chiamata arrogazione. Per imperio del magistrato adottiamo quei maschi o quelle femmine, che sono in potestà dei padri o che tengono il primo grado fra i discendenti, com'è il figliuolo e la figliuola, o il grado inferiore, com'è il nipote e la nipote, il bisnipote, e la bisnipote.

Principali rescripto. L'arrogazione sotto Giustiniano rimase presso a poco com'era in prima sì nelle sue condizioni, e sì nei suoi effetti. Essa si faceva per rescritto del principe, il quale non dava la sua autorizzazione se non dopo aver preso cognizione della causa (*causa cognita*). Si esaminava se l'adottante non avea meno di sessant'anni, e se non avea di già altri figliuoli naturali o adottivi; perchè in generale non doveasi permettere l'adozione a colui che poteva ancora da sè aver figliuoli, o che già ne aveva. Non pertanto vi erano delle cagioni che avrebber potuto far ottenere l'autorizzazione imperiale, come una malattia, o il desiderio di adottare un parente (1).

Imperio magistratus. Giustiniano modificò l'adozione propriamente detta, così nella sua forma, come ne'suoi effetti. Nella sua forma, perciocchè sopprimendo e la mancipazione e la cessione *in jure*, l'imperadore stabilì che basterebbe far compilare un atto innanzi al magistrato competente, in presenza delle parti, comprovante l'adozione, col consentimento riunito di chi dava, di chi prendeva, e di chi era dato in adozione (2). Nondimeno, per quanto si appartiene a quest'ultimo, bastava che da sua parte non vi fosse opposizione (*eo qui adoptatur non contradicente*), onde seguita che si potevano dare in adozione anche i figliuoli che non parlavano ancora (*etiam infantem*) (3). Quanto ai mutamenti introdotti negli effetti dell'adozione, essi sono esposti nel paragrafo seguente.

II. *Sed hodie ex nostra constitutione cum filius familias a patre naturali extraneae personae in adoptionem datur, jura patris naturalis minime dissolvuntur, nec quidquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est, licet ab intestato jura successionis ei a nobis tributa sint. Si vero pater naturalis non extraneo sed avo filii sui materno; vel si ipse pater naturalis fuerit emancipatus etiam avo paterno vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem: hoc casu, quia concurrunt in unam personam et naturalia et adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum, et legitimo adoptationis modo constrictum ut et in familia, et in potestate hujusmodi patris adoptivi sit.*

2. Ma oggi per nostra costituzione, quando il figliuolo di famiglia è dato in adozione dal padre naturale a *persona estranea*, le ragioni del padre naturale, non si disciolgono, e non trapassa cosa niuna al padre adottivo, ed il figliuolo non è in potestà di lui, quantunque da noi gli sia dato il diritto di succedere al padre adottivo *ab intestato*. Ma se il padre naturale lo da in adozione *non a persona estranea*, ma al suo avolo materno, o se, essendo esso padre naturale emancipato, lo dà all'avolo paterno, o al bisavolo in simil modo paterno o materno, in questo caso, perchè i diritti naturali, e dell'adozione concorrono in una persona istessa, il diritto del padre adottivo fondato sul naturale vincolo, e raffermato dal legittimo modo di adozione si rimane stabile e fermo, per modo che il figliuolo è nella famiglia ed in potestà del padre adottivo medesimo.

Extraneae personae. Per virtù di questi mutamenti introdotti da Giustiniano si vuol distinguere per l'adozione propriamente detta due casi: 1.° quello in cui un figliuolo è dato da suo padre in adozione ad una persona estranea (*extraneo*), e per persona estranea s'intende chi non è ascendente; 2.° quello in cui è dato ad un'ascendente. Nel primo caso l'adozione perde al tutto il suo carattere primitivo. Il figliuolo non passa più in potestà paterna dell'adottante, non entra nella famiglia adottiva, e non vi acquista alcun diritto di agnazione. Tutti gli effetti dell'adozione si riducono a stabilire ne' costumi una certa finta relazione di paternità e di filiazione tra l'adottante e l'adottato, e a dare a quest'ultimo un diritto di successione *ab intestato* sull'eredità dell'adottante. Si vuol ben por mente a queste parole: diritto di successione *ab intestato*. Infatti l'adottato succederà solamente nel caso che non vi sia testamento; ma se l'adottante ne faccia uno, egli sarà libero di non lasciare all'adottato se non quel tanto che gli piacerà, e potrà anche non la-

(1) *D. 1, 7, 15, § 2, e seg.*

(2) *C. 8, 48, 11.* (3) *D. 1, 7, 42, f. Modest.*

sciargli nulla (1), la qual cosa non avrebbe potuto avvenire, se la potestà paterna si fosse prodotta, perciocchè noi vedremo che un figliuolo legittimo non poteva essere totalmente spogliato dell'eredità paterna (2). Ma il figliuolo dato in adozione, appunto perchè non entrava nella famiglia dell'adottante, non usciva della sua famiglia naturale e non vi perdeva alcuna ragione o vantaggio, dal che seguiva che egli avea in un tempo medesimo sull'eredità del padre naturale i diritti di figliuolo legittimo, e su quella del padre adottivo i diritti *ab intestato*.

Qual'era lo scopo di siffatte modificazioni? Giustiniano l'espone nella sua costituzione (3): anticamente il figliuolo uscendo della sua famiglia paterna vi perdeva i suoi diritti; se dapoi egli per via d'emancipazione usciva della famiglia adottiva li perdeva anche in questa, e trovavasi per tal modo spogliato da amendue i lati. I pretori aveano cercato di riparare a quest'inconveniente, ma l'avean fatto solo in parte (4); e Giustiniano volle farlo sparire in tutto. Quando il capo di famiglia avea dato in adozione non già il suo figlinolo, ma il nipote o la nipote parimente applicavasi quanto abbiam detto, ma con qualche restrizione; perciocchè, se l'avolo veniva a morire in un tempo che il nipote o la nipote non si trovavano suoi eredi, perchè eran preceduti nella famiglia dal loro padre, allora, non avendo costoro avuta la successione nella famiglia naturale conservavano intatti nella famiglia adottiva, quantunque estranea, i diritti che anticamente dava l'adozione (5).

Non extraneo. Cioè da un ascendente. È da notarsi bene che presso i romani avveniva talvolta che un avo o anche un padre adottasse il suo proprio figliuolo. E perchè? Perchè spesso accadeva che un avo od un padre non aveano la potestà paterna sul loro nipote o figliuolo; ed il solo mezzo di acquistarla era l'adozione (6). Alcuni esempi faran chiara questa materia. Un avolo materno non avea mai sotto la sua potestà e nella sua famiglia i figli della sua figliuola; s' ei voleva acquistarli, e dar loro de'diritti di successione, era necessario che li ricevesse in adozione dal suo genero. Secondo esempio: Un capo di famiglia ha emancipato il suo figliuolo, il quale si è maritato, ed ha procreati de'figliuoli; questi figliuoli nati dopo l'emancipazione non sono in potestà del loro avo; se costui vuole acquistarli, è forza che li riceva in adozione. Terzo esempio: Un capo di famiglia ha sotto la sua potestà il suo figliuolo; ed i nipoti nati da costui; egli emancipa il figliuolo e ritiene i nipoti, sicchè il padre emancipato trovasi di non avere sotto la sua potestà i suoi proprì figliuoli; or se egli vuole acquistarli, e dar loro de'diritti, bisogna che li ottenga con adozione dal loro avolo. In tutti questi e somiglianti casi si vede che l'adozione fatta dall'ascendente non ha altro scopo, che di acquistar la potestà paterna, e dare al figliuolo i diritti di legittima successione. E però Giustiniano le conserva i suoi effetti; la potestà paterna si trova, com' altra volta, distrutta per colui che da in adozione, e trasferita nell' ascendente che adotta. D'altra parte essendo quest' ascendente di già unito pe'legami del sangue all' adottato, non vi è a temere ch' egli lo emancipi senza ragione e lo spogli della sua eredità. Questa è la principale ragione che Giustiniano ci indica (7).

III. *Cum autem* impubes *per principale rescriptum adrogatur, causa cognita adrogatio permittitur, et exquiritur causa adrogationis* an honesta sit expediatque pupillo. Et cum quibusdam conditionibus *adrogatio fit, idest ut* caveat adrogator personae publicae, *si intra pubertatem pupillus decesserit, restiturum se bona illis, qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent. Item non aliter emancipare eum potest adrogator, nisi causa cognita dignus emancipatione fuerit, et tunc sua bona ei reddat. Sed et si decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine justa causa emancipaverit, jubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere, videlicet, praeter bona, quae ad patrem adoptivum transtulit, et quorum commodum ei postea adquisivit.*

3. Ma quando il fanciullo *impubere* è arrogato per rescritto del principe, si permette che conosciuta la causa, si faccia l'arrogazione; e nella causa dell'arrogazione si ricerca *se ella è onesta ed a proposito del pupillo.* E l'arrogazione si fa *con certe condizioni*, cioè, che l'arrogatore *dia sicurtà a persona pubblica*, che, morendo il fanciullo infra gli anni della sua pubertà, egli renda i beni a coloro, a'quali, se non fosse fatta l'adozione, verrebbero per successione. Similmente l'arrogatore non può altrimenti emancipar l' arrogato, se prima non si conosce la causa e non si vede, lui

(1) *C. 8, 48, 10*, § *4.*

(2) *Licentiam damus tali adoptivo patri, id est extraneo si voluerit, nihil ei testamento relinquere; sed quidquid ei reliquerit, hoc liberalitatis sit et non legitimo vinculo adstrictum* (*C. 8, 48, 10*, § *1*).

(3) *Inst. 2, 18.*

(4) *C. 8, 48, 10.*

(5) *Inst. 3, 1, 10.*

(6) *D. 1, 7, 12, fr. Ulp.*

(7) *C. 8, 48, 10, princ.* in fin.

esser degno d'esser emancipato, ed allora gli dee restituire i suoi beni. Ma se il padre morendo l'avesse diseredato, o veramente vivendo lo avesse emancipato senza cagione, se gli comanda che gli lasci la quarta parte de'suoi beni, oltre di quelli ch'egli portò nel momento dell'adozione, o acquistò dopo a guadagno del medesimo.

L'adozione fatta per la volontà del capo di famiglia per via delle mancipazioni e della *cessio in jure* si applicava a tutti i figliuoli sotto potestà senza distinzione nè di età nè di sesso. Ma l' arrogazione fatta per via de'Comizî con l'interrogazione dell'adottante, dell'adottato, e del popolo non poteva applicarsi, nell'epoca in cui questa solennità era seriamente osservata, che ai soli cittadini, i quali facean parte de'Comizî (1); e però le donne, e gl'impuberi n'erano esclusi. Una costituzione d'Antonino Pio permise l'arrogazione degl'impuberi. Quanto a quella delle donne, Gaio ci fa noto che essa al suo tempo non era permessa (2), tanto meno a'tempi d'Ulpiano, il quale così si esprime a tal proposito: « *Per populum vero romanum feminae quidem non adrogantur. Pupilli antea quidem non poterant; nunc autem possunt ex constitutione divi Antonini Pii* (3). Ma un frammento del Digesto ci fa certi che sotto Giustiniano l'arrogazione delle donne era permessa non altrimenti che quella degli uomini: « *Nam et feminae ex rescripto principis adrogari possunt* » (4). Sicchè e le donne e gl'impuberi potevano essere arrogati, osservandosi per questi ultimi alcune condizioni.

An honesta sit expediatque pupillo. Quando si trattava dell'arrogazione di un impubere bisognava oltre le ordinarie ricerche (pag. 139) esaminare, se l'arrogatore era mosso da onesta affezione (la qual ricerca, avuto riguardo ai costumi de' romani e dei Greci, non dee farci meraviglia); qual' era la condotta e la riputazione dell'arrogatore; quale la sua facoltà, e quella del pupillo paragonata alla sua; in una parola, se l'arrogazione era onorevole e vantaggiosa pel pupillo.

Cum quibusdam conditionibus. Queste condizioni avean tutte per iscopo d' impedire che il pupillo, in cambio di trovar un vantaggio nell' arrogazione, vi trovasse la perdita della sua fortuna. In fatti recando egli nella famiglia dell'arrogatore tutti i suoi beni conformemente alle regole della potestà paterna, non si volea che li perdesse. Or potevano accadere più casi: 1.° che il pupillo morisse prima della sua pubertà; 2.° che fosse emancipato o diseredato senza ragione prima della sua pubertà; 3.° che fosse emancipato o diseredato con giusta cagione prima della sua pubertà; 4.° che fosse giunto alla pubertà senza alcuno di siffatti avvenimenti. Nel primo caso l'arrogatore invece di conservare i beni del pupillo, dovea renderli a'naturali eredi di lui; nel secondo i beni doveano rendersi allo stesso pupillo, ed oltre a ciò il quarto dei beni proprî dell'arrogatore, perchè non era giusto, che questi si facesse giuoco dell' arrogazione, emancipando, o diseredando senza cagione. Questo quarto appellavasi *Quarta Antonina* (*quarta D. Pii*), perchè Antonino fu, come abbiam detto, l' autore di queste disposizioni; nel terzo caso l' arrogato riprendeva solamente tutti i suoi beni; finalmente nel quarto caso, essendo il figliuolo giunto alla pubertà, poteva reclamare contro la sua arrogazione, e se provava che gli era svantaggiosa, era emancipato, e riprendeva tutti i suoi diritti (5); ma se non reclamava, o se il suo reclamo non era ammesso, l'arrogazione trovavasi confermata, e produceva tutti gli ordinarî effetti.

Caveat personae publicae. Per questa frase intendonsi le persone, che in ciascuna città aveano il carico di tenere i pubblici registri (*tabulae*), sui quali parecchi atti doveano essere iscritti, come per es. alcune donazioni. Così fatti funzionarii nominavansi *tabularii*. Teofilo nella sua parafrasi dice che l'arrogatore dovea dar sicurtà ad una persona pubblica, cioè, egli aggiugne, ταβουλλαρίῳ (*Tabulario*). Una volta davansi queste funzioni agli schiavi pubblici, o agli schiavi de' privati col consenso de' padroni (6), e per questa ragione i frammenti d'Ulpiano e di Marcello citati nel Digesto

---

(1) « *Quoniam et cum feminis nulla comitiorum communio est* ». (Aul. Gell. nott. attic. 5. 19).

(2) *Gai. 1, § 101, e 102.*

(3) *Ulp. Reg. 8, §. 5.* Notate che a quest'epoca l'intervento delle curie non era più che una finzione (v. sopra p. 137).

(4) *D. 1, 7, 21.* Questo frammento da' compilatori del Digesto è attribuito a Gaio: ma questa è evidentemente una di quelle alterazioni, di cui abbiam parlato (*Hist. du droit* n.° 99). Triboniano, ed i suoi collaboratori volendo mutare l'antico diritto su questo punto, fanno dire a Gaio il contrario di ciò ch'egli avea detto.

(5) *Et si pubes factus non expediri sibi in potestatem ejus redigi probaverit, aequum est emancipari cum a patre adoptivo, atque ita pristinum jus recuperare* (D. 1, 7, fr. 32 e 33).

(6) *C. 7, 9, 3.*

portano *servo publico* (1); ma Arcadio ed Onorio disposero che si affidassero ad uomini liberi (2).

IV. ***Minorem natu, majorem non posse adoptare placet. Adoptio enim naturam imitatur; et pro monstro est ut major sit filius, quam pater. Debet itaque is, qui sibi filium per adoptionem vel adrogationem facit,*** **plena pubertate,** ***id est decem et octo annis praecedere.***

4. Piace che il minor d' età non possa adottare il maggiore; perciocchè l'adozione imita la natura, e si ha per cosa mostruosa, che il figliuolo abbia più età del padre. Debbe adunque colui che adotta o arroga un figliuolo, aver *la piena pubertà*, cioè diciotto anni più di lui.

Plena pubertate. Per gli uomini, la pubertà propriamente detta era, come già sappiamo, fissata a quattordici anni; e a diciotto la piena pubertà, detta così, perchè à questa età avea acquistata tutta la sua perfezione, anche presso le persone di più tardo sviluppamento (3). In quanto all' età dell'adottante, e dell'adottato non abbiamo altra regola che quella di questo paragrafo. Noi sappiamo che un impubere, anche *infante* può essere adottato o arrogato, che parimente l'età dell'adottante non è punto limitata; ciò non per tanto l' arrogazione non si permette facilmente a persone che han meno di sessant' anni, perchè elleno possono ancora sperare di aver figliuoli (4).

V. ***Licet autem et in locum nepotis, vel pronepotis, neptis, vel proneptis, vel deinceps, adoptare,*** **quamvis filium quis non habeat.**

5. *Quantunque l' uomo non abbia figliuolo*, gli è lecito adottarsi qualcuno in luogo di nipote o bisnipote, e così del rimanente.

Secondo che l'uomo adotta qualcuno per nipote o bisnipote, l'adozione produce differenti effetti nel grado di parentela, e per conseguenza nelle proibizioni di matrimonio, ne' diritti di tutela, e di successione. Se alcuno è adottato come figliuolo, egli è nel primo grado dell'adottante, fratello dei figliuoli, che questi per avventura può avere, e zio de'loro discendenti, che non potrà sposare all'infinito. Se è adottato come nipote, cioè come figlio di un figliuolo, egli si trova nel secondo grado dell'adottante, e nipote de'figliuoli di costui, di cui può sposare i discendenti, perchè rispetto a loro è cugino.

Quamvis filium quis non habeat. Dal principio che l'adozione imita la natura si sarebbe potuto dedurre, che per adottare un nipote bisognasse aver di già un figliuolo (*filium et non filiam*, perchè i discendent d'una figliuola non sono mai in potestà dell'avolo materno). Quest' obbiezione appunto si è voluto qui prevenire. In fatti basta che chi adotta un nipote possa essere naturalmente suo avolo, ed abbia per conseguenza due volte la pubertà più di lui.

VI. ***Et tam filium alienum quis in locum nepotis adoptare potest, quam nepotem in locum filii.***

6. E tanto si può adottar l'altrui figliuolo in luogo di nipote, quanto il nipote in luogo di figliuolo.

VII. ***Sed si quis nepotis loco adoptet, vel quasi ex eo filio quem habet jam adoptatum, vel quasi ex illo quem naturalem in sua potestate habet: eo casu et filius consentire debet, ne ei invito suus heres agnascatur; sed ex contrario si avus ex filio nepotem*** **det in adoptionem** ***non est necesse filium consentire.***

7. Ma se una persona adotta alcuno in luogo di nipote, o *quasi come nato di colui, che si abbia adottato in luogo di figliuolo*, o quasi come nato di colui, che è suo figliuolo naturale ed in sua potestà, in questo caso si ricerca eziandio il consentimento del figliuolo, acciocchè l' adottato non si faccia suo erede contro sua volontà; ma per il contrario se l'avolo *dà in adozione* il nipote nato dal figliuolo, non è necessario che questi acconsenta.

Quasi ex eo filio. Quando qualcuno adottava altri per nipote poteva farlo in due modi: 1.° semplicemente, e senza indicargli alcun membro della famiglia come suo padre (*incerto natus*); 2.° indicando per suo padre il tal figliuolo (*quasi ex filio*) (5). Grande era la differenza tra questi due casi. Nel primo, l'adottato entrava nella famiglia come un nipote, il cui padre fosse già morto; egli era il nipote di tutti i figliuoli dell'adottante; ed alla morte del capo di famiglia diveniva libero e per conseguenza erede suo. Nel secondo caso, l' adottato entrava come nipote del capo di famiglia, e come figlio di quel figliuolo dell'adottante, che erasi indicato; alla morte del capo non diveniva libero, ma ricadeva sotto la potestà e nella famiglia di colui, che gli si era designato per padre, e per rispetto a costui ei diveniva erede. Adunque vi erano realmete due adozioni in una,

---

(1) *D. 46, 6, 5, f. Ulp.—Ivi 1, 7, 18, f. Marcel.*
(2) *C. 10, 69, 3.*
(3) *Theph. h. t.*
(4) *D. 1, 7, 15.* (5) *D. 1, 7, 43, f. Pomp.*

e però era necessario il consentimento degli adottanti, cioè dell'avolo, e del padre.

Det in adoptionem. Noi abbiam di già spiegato (pag. 122) il principio, sul quale questa regola è fondata.

VIII. In plurimis autem causis *adsimilatur is qui adoptatus, vel adrogatus est ei, qui ex legitimo matrimonio natus est. Et ideo si quis per imperatorem, vel apud praetorem, vel presidem provinciae* non extraneum *adoptaverit, potest eundem in adoptionem alii dare.*

8. *Ed in molte cose* s' assomiglia l' adottato e l'arrogato a colui ch'è nato di legittimo matrimonio, e perciò se qualcuno adotterà persona *non estranea* per mezzo dell' Imperatore, o innanzi al pretore, o presidente della provincia, potrà dar il medesimo in adozione ad un altro.

In plurimis causis. Noi di già sappiamo quali sono gli effetti dell'adozione. Quando l'adottato passa sotto la potestà paterna dell'adottante, entra nella famiglia di lui, diviene l'agnato de'membri di questa famiglia, e per conseguenza loro cognato, perciocchè la *cognazione* è la parentela in generale: « *Qui in adoptionem datur, his, quibus agnascitur et cognatus fit: quibus vero non agnascitur, nec cognatus fit* » (1): il capo di famiglia, avendo su di lui la potestà paterna, può disporre di lui come degli altri suoi figliuoli, e per conseguenza darlo in adozione ad un altro.

Non extraneum Questa circostanza è necessaria per l'adozione propriamente detta, giacchè senza di essa non vi sarebbe potestà paterna.

IX. *Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et ii, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt; castrati autem non possunt.*

9. È parimente comune all'una ed all'altra sorte di adozione, che quegli che non sono abili a generare, come sono gl' impotenti possano adottare, ma i castrati no.

Questa differenza viene da ciò che nell'impotente il vizio di organismo non è totale, nè abbastanza manifesto, perchè sia cosa contraria alla natura il supporre, che colui, il quale pare impotente abbia un figliuolo: tanto più che, come fa notare Teofilo, sovente si vede scomparire il vizio, che produceva l'impotenza. Pel castrato non è lo stesso; supporre ch'egli avesse un figliuolo è cosa evidentemente contraria alla natura, e perciò i romani non gli permettevano d'adottare, quantunque l'adozione avesse per iscopo principale di dare legalmente de'figliuoli a coloro che non potevano naturalmente averne.

X. *Feminae quoque adoptare non possunt; quia nec naturales liberos in sua potestate habent, sed ex indulgentia principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.*

10. Le femine parimenti non possono adottare, perciocchè non hanno i figliuoli naturali in loro potestà, ma possono bene adottare per grazia del Principe in compenso de' figliuoli perduti.

Così una costituzione di Diocleaziano, e Massimiano permette l' adozione ad una madre, che avea perduti i suoi figliuoli. In questo caso l'adozione non produce mai la potestà paterna, ma stabilisce tra la madre ed il figliuolo adottivo de'legami somiglianti a quelli, che sono tra la madre, ed i suoi propri figliuoli. « *Et eum perinde, atque ex te progenitum ad vicem naturalis legitimique filii habere permittimus* (2).

XI. Illud proprium est *adoptionis illius, quae per sacrum oraculum fit, quod his qui liberos in potestate habet si se adrogandum dederit, non solum ipse potestati adrogatoris subjicitur, sed etiam liberi ejus in ejusdem fiunt potestate, tamquam nepotes. Sic enim divus Augustus non ante Tiberium adoptavit, quam is Germanicum adoptavit, ut protinus adoptione facta, incipiat Germanicus Augusti nepos esse.*

11. *È proprio* dell' adozione fatta pel Principe, che colui il quale ha in potestà i discendenti, dandosi in arrogazione, non solamente sottentra egli alla potestà dell' arrogatore, ma anche i suoi discendenti, come nipoti. Così il divino Augusto desiderando in un tempo medesimo aver Tiberio in luogo di figliuolo, e Germanico in luogo di nipote procurò prima che Germanico fosse adottato da Tiberio, acciocchè fatta l' adozione, Germanico subito cominciasse ad esser nipote di Augusto.

Illud proprium est. Non avviene lo stesso nell'adozione propriamente detta, perchè il figliuolo di famiglia dato in adozione benchè abbia moglie e figliuoli, non li ha mai in sua potestà, essendo egli stesso in potere del capo, il quale può dar lui in adozione, e ritenere in potestà i figliuoli del medesimo.

XII. *Apud Catonem bene scriptum refert antiquitas, servos, si a domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari. Unde et nos eruditi in nostra*

(1) *D. 1, 7, 25, f. Paul.*

(2) *C. 8, 48, 5.*

constitutione etiam eum servum quem dominus actis intervenientibus filium suum nominaverat, liberum constituimus, licet hoc ad jus filii accipiendum sufficiat.

12. Riferiscono gli antichi, che Catone disse a buon diritto, che gli schiavi, se erano adottati dal loro padrone, potevano per ciò solo divenir liberi. E perciò noi ammaestrati da questo, abbiam ordinato per costituzione, che quello schiavo sia libero, il quale dal padrone sarà chiamato figliuolo in un atto pubblico, benchè questo non basti a far ch'egli abbia i diritti di figliuolo.

L'adozione di un libertino non era permessa che al suo *patronus*, altrimenti si sarebber lesi i diritti di padronato (1). Quando all'adozione degli schiavi essa non valeva come adozione. Ma questo passo ci fa intendere, che anche anticipatamente essa bastava a far libero lo schiavo adottato. Del rimanente questo modo indiretto di manomissione produceva i medesimi effetti che le solenni manomissioni pel censo, per la vinditta, pel testamento, o dava solamente una libertà di fatto? Non vi ha nulla su tal proposito, che possa fornirci argomento a scioglier questo dubbio. Giustiniano l'ha collocato tra i modi da lui sanzionati nelle costituzione, che abbiam citata a pag. 101.

L'adozione non era indissolubile: l'adottante poteva distruggerla agevolmente sia emancipando l'adottato, sia dandolo in adozione ad altra persona, non estranea. Il figliuolo, che una volta era uscito della famiglia dell'adottante, non era più l'agnato, nè il cognato di alcun de'membri, e tutti i legami eran disciolti, salvo gl'impedimenti del matrimonio, che ancora continuavano tra l'adottante e l'adottato: « *in omni fere jure, finita patris adoptivi potestate, nullum ex pristino ritinetur vestigium* » (2). L'adozione una volta disciolta non poteva più rinnovarsi tra le porsone medesime. « *Eum, quem quis adoptavit, vel in adoptionem datum, iterum non potest adoptare* » (3).

POTESTA' DEL MARITO SULLA DONNA (*manus*).

Il matrimonio anche legittimo (*justae nuptiae*) non poteva per se solo produrre la potestà maritale; la moglie entrava sotto questa potestà (*in manum conveniebat*) in tre modi: per l'uso, la confarreazione, e la coempzione (*usu, farreo, coemptione*) (*Hist. du droit.* p. 111). 1.° Per l'uso (*usu*). Secondo le dodici Tavole gli oggetti mobiliari si acquistavano per l'uso, cioè pel possesso di un anno: questo modo di acquistare (*usucapio*) fu applicato anche alla donna; e però ella si acquistava dal marito, e cadeva sotto la sua potestà, quando dopo il matrimonio era stata da lui posseduta per un anno senza interruzione (*velut annua possessione usucapiebatur*). Se ella voleva evitare siffatta potestà, dovea in ogni anno per interrompere l'usucapione, allontanarsi per tre notti di seguito dalla casa conjugale (*usurpatum ire trinoctio*). In tutti i matrimonii, ne'quali era passato un anno senza questa interruzione vi era potestà maritale. 2.° Per la confarreazione (*farreo*). Se si volea far nascere la potestà maritale nell'istante medesimo del matrimonio, bisognava aver ricorso alle formalità della confarreazione, o della coemptzione. Le prime consistevano in una specie di sacrifizio, nel quale si faceva uso d' un pane di frumento (*farreus panis*), dond'è venuta la parola confarreazionè (*farreum*). Questo sacrifizio era accompagnato da certe solennità, e da parole sacramentali, tutto in presenza di dieci testimoni. Queste cerimonie religiose, oltrechè producevano la potestà maritale, rendevano eziandio i figliuoli nati dal matrimonio capaci di esser nominati a talune funzioni sacerdotali, e però è a presumere che la confarreazione era spezialmente riservata a' patrizî (4). 3.° Per la coempzione (*coemptione*). Questo modo consisteva nella mancipazione o vendita solenne della moglie al marito che faceva da compratore (*coemptionator*). Noi diremo fra poco quali erano le formalità della mancipazione. Del resto tutte siffatte formalità erano ben distinte dal matrimonio, che in se stesso non ne richiedeva alcuna; e si dee star bene attenti e non ingannarsi sul loro scopo, il quale non era di maritare gli sposi, ma solo di dar la *manus* al marito.

In qualunque modo la moglie entrasse nella potestà del marito, ella usciva dal potere paterno di suo padre e dalla sua propria famiglia, nella quale perdeva tutti i suoi diritti di agnazione; ma ella entrava in cambio nella famiglia del marito, nella quale prendeva in certo modo il posto e i diritti di figliuola. « *Filiae loco incipit esse; nam si omnino, qualibet ex causa, uxor in manu viri sit, placuit eam jus filiae nancisci* ». Allora soltanto ella trovavasi agna-

(1) *D. 1, 7, 15, §. 3.*
(2) *D. 1, 17, 13, f. Papin.*
(3) *Ivi 37, f. §. 1.*
(4) *Tacit. Ann. 4, 16.*

ta de'suoi propri figliuoli ed avea in questa qualità i diritti di successione su loro, sul marito, e reciprocamente.

Tutti questi particolari sono tratti, e quasi presi alla lettera da Gaio (1), che ci ha dato intorno a ciò delle idee per innanzi sconosciute. Egli ne fa sapere che al suo tempo l'acquisto della *manus* per l'uso era parte abrogato dalle leggi, e parte caduto in desuetudine: che la confarreazione si usava pe'grandi flamini, cioè i pontefici particolari di Giove, di Marte, e di Quirino; che la coempzione era ancora in uso, e si adoperava fintamente in casi diversi dal matrimonio, a fine di eludere certe disposizioni dell'antico diritto (*Hist. du droit* p. 247). Ulpiano ci dice qualche cosa della confarreazione, nei frammenti che ci restano (2). Ma sotto Costantino questo modo religioso disparve al tutto col paganesimo; tutto al più non rimase che la coempzione, che di poi cadde anche essa in disuso. Al tempo di Giustiniano era già gran pezza che non si parlava più di potestà maritale (*manus*): e però le Istituzioni non ne dicono una sola parola. Le figliuole che si maritano, continuano a rimanere nella famiglia del loro padre, non vi perdono alcuno de' loro diritti di agnazione, non entrano nella famiglia del marito, ma vi divengono solamente affini: con tutto ciò non è a tacersi che già da gran tempo per via di senato-consulti si erano stabiliti, come vedremo, de'diritti di eredità tra la madre ed i figliuoli.

POTESTÀ' SULL'UOMO LIBERO ACQUISTATO PER MANCIPAZIONE (*mancipium*).

Un capo di famiglia poteva vendere ad un cittadino tutte le persone sottoposte alla sua potestà, i suoi schiavi, i suoi figliuoli d'ambo i sessi, anche la sua moglie, quando l'avea in *manu*. Ma gli schiavi non altrimenti che le persone libere erano tra quelle cose, che diconsi *mancipii res*, delle quali non si poteva trasmettere il dominio civile (*dominium ex jure Quiritium*), se non per la vendita solenne, la mancipazione (*Hist. du droit* p. 120). Quest'atto eseguivasi in presenza di cinque testimoni, cittadini romani puberi, e d'un altra persona della medesima condizione portante una bilancia, che però dicevasi (*libripens*) porta bilancia. Il compratore tenendo la persona, che gli si vendeva, diceva: *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc aere, aeneaque libra.* A queste parole egli percoteva la bilancia col danaro, che dava al venditore, come prezzo della vendita. Siffatta formalità non era che un simulacro legale delle vendite che si operavano al tempo, in cui, essendo la moneta pressochè sconosciuta in Roma, si davano i metalli a peso (3) (*Hist. du droit.* p. 59). La persona libera alienata per siffatto modo, cadeva in potere del compratore (*in mancipio*), e per rispetto a costui era in qualche guisa assomigliata ad uno schiavo (*mancipati*, *mancipataeve servorum loco constituuntur*); non pertanto ella non perdeva la sua qualità di uomo libero, e questa è una cosa che si dee ben notare. Tra la mancipazione, di cui ora abbiam parlato, e quella che si operava nella *coempzione* della donna, vi era questa differenza, che la prima si faceva con le stesse parole, che la compra degli schiavi, il che non avveniva nella *coempzione*; e però le persone date *in mancipio* erano in qualche modo schiavi, ma altramente era della donna caduta in *manu*.

Del rimanente questo potere particolare (*mancipium*) si moderò anche prima che la potestà sugli schiavi si cominciasse a raddolcire. Gaio ci fa sapere che non era lecito oltraggiare le persone ch' erano *in mancipio*, senza esporsi ad esser perseguitato con l'azione d'ingiuria; anzi al tempo suo i capi di famiglia non mancipavano i loro figliuoli che fintamente, e nello scopo di liberarli dalla loro potestà. Pure in un caso la mancipazione era seria, e questo era quando, avendo una persona recato qualche danno, il capo di famiglia, al quale essa apparteneva, ne faceva l'abbandono *nossale*, cioè la dava in *mancipio* per riparazione del danno da lei cagionato (*noxae dedere*, *noxali causa mancipare*) (4). Ma anche questo costume venne in disuso, come le stesse Istituzioni ci fan sapere (5). Sotto Giustiniano altro più non rimaneva della mancipazione delle persone libere, che la finzione, della quale facevasi uso per darle in adozione o manciparle; ma quest'imperadore ne fè sparire fin le ultime tracce. E però le Instituzioni non fan parola del *mancipium* più che nol fanno della *manus*.

TITULUS XII.

QUIBUS MODIS JUS POTESTATIS SOLVITUR.

Videamus nunc quibus modis ii, qui alieno ju-

(1) *Gai 1, § 108 e seg.*
(2) *Ulp. Reg. Jur. 9.* (3) *Gai 1, §. 122.*
(4) *Gai. 1, § 116, e seg. §. 141.*
(5) *Inst. 4, 8, 7.*

ri sunt subjecti, eo jure liberantur. Et quidem servi quemadmodum a potestate liberantur, *ex iis intelligere possumus, quae de servis manumittendis superius exposuimus. Hi vero qui in potestate parentis sunt, mortuo eo, sui juris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit: nam mortuo patre, sane omnimodo filii, filiaeve sui juris efficiuntur. Mortuo vero avo non omnimodo nepotes, neptesque sui juris fiunt, sed ita si post mortem avi in potestatem patris sui* recusari non sunt. *Itaque, si moriente avo, pater eorum vivit, et in potestate patris sui est, tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt. Si vero is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est*, aut exiit de potestate patris, *tunc ii, qui in potestate ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.*

TITOLO XII.

CON QUALI MODI SI DISCIOGLIE IL DIRITTO DELLA POTESTA' PATERNA.

Vediamo ora quei modi co'quali quegli, che son soggetti all'altrui potestà, si liberano da essa. Quanto agli schiavi, *in che maniera si liberino* dalla potestà de'padroni, si può comprendere per quel che abbiamo detto di sopra. Quelli che sono in potestà del padre, morto lui, restano liberi e di propria ragione. Ma si dee distinguere; perciocchè morto il padre, i figliuoli, e le figliuole restano libere in tutto, ma morto l'avolo, i nipoti e le nipoti non restano in tutto liberi, se non quando dopo la morte dell'avolo non sono per ricadere in potestà del loro padre. Pertanto se quando muore l'avolo, il padre loro è vivo, e in potestà di suo padre, allora dopo la morte dell'avolo cadono in potestà del padre loro. Ma se quando l'avolo muore, egli è già morto, o per emancipazione è uscito di sotto al giogo paterno, allora quegli, che non possono ricadere sotto la sua potestà, son fatti liberi e di propria ragione.

Noi abbiamo ad esaminare lo scioglimento de'tre differenti poteri, (*potestas*, *manus*, e *mancipium*, cominciando dal primo che è il solo, del quale trattano le Instituzioni.

Servi quemadmodum a potestate liberantur. Il mezzo di liberar dalla potestà de'padroni è la manomissione, della quale si è di già trattato. La morte del padrone, la sua schiavitù, e gli altri avvenimenti, che possono colpirlo, non liberano gli schiavi, ma ne trasmettono ad altri la proprietà (1).

Per quanto appartiene a'figliuoli di famiglia, essi son liberati dalla potestà paterna, come dicono gl'imperadori Diocleziano e Massimiano, per certi avvenimenti, o per via di un atto solenne (*actu solemni*, *vel casu*) (2); a ciò si vuol aggiungere, e per talune dignità. Gli avvenimenti, che rendevano i figliuoli *sui juris*, erano: la morte del capo di famiglia, la perdita della libertà, o de'diritti di cittadinanza, tanto se questa perdita colpiva il padre, quanto se colpiva il figliuolo. Le Istituzioni esaminano partitamente ciascuno di questi avvenimenti.

Recusari non sunt. Il testo quì spiega assai chiaramente come, alla morte del capo, i figliuoli, che gli sono soggetti senza intermedia persona, divengono alla loro volta indipendenti, e capi; come i nipoti ricadono dalla potestà dell'avolo in quella del padre, e come la gran famiglia si decompone così in molte piccole famiglie, tra le quali continua ad essere il legame di agnazione.

Aut exiit de potestate patris. Alcune edizioni aggiungono *per emancipationem*, ma in qualunque modo il padre sia uscito dalla potestà paterna, sia per emancipazione, sia per adozione (3), basta ch'egli non sia più nella famiglia, e che vi abbia perduti i suoi diritti, perchè i suoi figliuoli, alla morte dell'avolo, non ricadono sotto la sua potestà.

1. *Cum autem is qui ob aliquod maleficium in insulam deportatur, civitatem amittit, sequitur ut qui eo modo ex numero civium romanorum tollitur, perinde ac si eo mortuo, desinant liberi in potestate ejus esse. Pari ratione et si is qui in potestate parentis sit, in insulam deportatus fuerit, desinit in potestate parentis esse. Sed si, ex indulgentia pincipis* restituti fuerint per omnia, *pristinum statum recipiunt.*

1. Ma siccome il deportato in un isola, per qualche maleficio, perde la Città, ne seguita che i figliuoli cessino d'esser in sua potestà; perciocchè essendo egli tolto in quella maniera dal numero de' cittadini romani, è quasi come s'egli fosse morto. Per simil ragione colui ch'è in potestà del padre, se è deportato cessa d'essere in potestà del padre. Ma se per grazia del principe *ricevono di nuovo tutto quello ch' essi avevano per innanzi*, ritornano nel primo loro stato.

I diritti di città si perdevano per l'interdizione dell'acqua e del fuoco, e più tardi per la deportazione. Noi fra poco avremo occasione di trattarne particolarmente (4). L'uomo colpito da siffatte pene diveniva straniero (*peregrinus*), e come tale perdeva tutti i diritti civili, cioè tutti i diritti di cittadino; s'egli dunque era capo di famiglia, la sua potestà dovea svanire, e se era

(1) *Theoph. hic.*
(2) *C. 8, 49, 8.*
(3) Salvo tuttavia pel patriziato o per le altre dignità, che in virtù d'una Novella liberavano dalla potestà paterna, senza far perdere i diritti di famiglia. (Vedi il seguente §. 4).
(4) *Inst. 1, 16, 2.*

alieni juris, dovea per somigliante ragione uscir della famiglia e della potestà paterna: « *Neque (enim) peregrinus civem romanum, neque civis peregrinum in potestate habere potest* » (1).

Restituti fuerint per omnia. L'imperadore avendo la facoltà di far grazia, poteva richiamare il condannato. Se questo richiamo era fatto puramente e semplicemente, tutti i suoi effetti si limitavano a liberare il condannato dalla sua pena, a permettergli di rientrare nella sua patria, e riprendervi il titolo di cittadino; in questo caso la potestà paterna non rinasceva più. Ma se l' imperadore aveva conceduto una restituzione intiera (*Restituo te in integrum; restituo te per omnia*), allora il richiamato rientrava nelle sue dignità, nel suo grado, ed in tutti i diritti, che innanzi avea. (*Ut autem scias quid sit in integrum restituere: honoribus et ordini tuo, et omnibus ceteris te restituo*); per conseguenza la potestà paterna rinasceva (2). Ma in tutti questi casi l'aggraziato riprendeva i suoi diritti per l'avvenire soltanto, perchè il potere imperiale non poteva distruggere nel passato gli effetti definitivamente prodotti.

II. ***Relegati autem patres in insulam, in potestate sua liberos retinent, et ex contrario liberi relegati in potestate parentum remanent.***

2. **I padri relegati in qualch'isola ritengono i figliuoli in loro potestà, e reciprocamente i figliuoli relegati restano sotto la potestà del loro padre.**

La relegazione era una pena meno forte della deportazione. Essa per ordinario era temporanea e qualche volta perpetua, ma in tutt'i casi lasciava al condannato i suoi diritti di città: « *Sive ad tempus, sive in perpetuum quis fuerit relegatus, et civitatem romanam retinet* » (3). Il suo effetto limitavasi a togliere al condannato il diritto di uscire dal luogo designato (*tantum enim insula egredi eis non licet*). Ma il relegato conservava la potestà paterna, come tutti gli altri diritti civili (*quia et alia omnia jura sua retinet*) (4).

III. ***Poenae servus effectus, filios in potestate habere desinit. Servi autem poenae efficiuntur qui in metallum damnantur, et qui bestiis subjiciuntur.***

3. **Ma chi è fatto schiavo della pena non ha in suo potere i figliuoli: diventano tali coloro che son dannati alle mine o esposti alle fiere.**

Colui che è fatto schiavo si trova nella condizione delle cose, egli perde non pure i diritti di cittadino, ma ancora i diritti delle genti; e se è capo di famiglia, la sua potestà paterna svanisce con tutti gli altri suoi diritti. Quanto ai casi ne'quali un uomo libero diventa schiavo, noi gli abbiamo esposti (p. 93); ma in qualsivoglia modo si produca la schiavitù, è sempre da applicarsi ciò che il nostro testo quì ne dice, quantunque parli solamente della condanna alle miniere, o alle bestie, condanne che più tardi per una nuova costituzione di Giustiniano, cessarono pure di produrre la schiavitù.

Fin quì abbiam esaminati gli avvenimenti accidentali (*casus*), che pongon fine alla potestà paterna: tra questi veramente bisognerebbe annoverare la cattività presso il nemico, giacchè essa produceva la schiavitù: ma, per seguire le Istituzioni, siam costretti di parlarne più appresso. D'altra parte vi sono in questo caso alcune notabili differenze. Prima di andare più avanti ci resta a fare un'osservazione, ed è che quando i figliuoli divengono *sui juris* per la morte, la schiavitù, o la privazione dei diritti civili del capo di famiglia, ma sono in fino a quel momento rimasti sotto la potestà paterna, la liberazione da questa potestà non li priva di alcuno de'loro diritti di famiglia; essi non escono dalla famiglia, la quale non fa che decomporsi e dividersi in più famiglie; il legame di agnazione continua ad esser tra loro e gli altri membri divenuti *sui juris*, ed i loro figliuoli o attualmente esistenti, o che sopravverranno dipoi.

IV. ***Filius familias si militaverit, vel si senator, vel consul factus fuerit, manet in potestate patris; militia enim, vel consularis dignitas de potestate patris filium non liberat. Sed ex constitutione nostra summa patriciatus dignitas illico imperialibus codicillis praestitis, filium a patria potestate liberat. Quis enim patiatur patrem quidem posse per emancipationis modum suae potestatis nexibus filium relaxare, imperatoriam autem celsitudinem non valere eum, quem sibi patrem elegit, ab aliena eximere potestate?***

4. Se il figliuol di famiglia fu soldato, senatore, o console, resta in potestà del padre; poichè la milizia o la dignità consolare, non lo libera. Ma per nostra costituzione la somma dignità del Patriziato, dato che si è il diploma imperiale, incontanente libera il figliuolo dal potere paterno. E chi patirà che il padre possa liberar il figliuolo dai legami della sua potestà per via dell' emancipazione, e che all' im-

(1) *Ulp. Reg. 10, 5. — Gai. 1, §. 128.*
(2) *C. 9. 51, fr. 1, 6, e 9.*
(3) *D. 48, 22, 7, §. 3, f. Ulp.*
(4) *Ivi 1, 4, f. Marc.*

periale altezza non sia conceduto levar dall' altrui potestà colui, che si ha eletto il principe in luogo di padre?

Nè l'età, nè le nozze, nè le dignità liberavano un figliuolo dalla potestà paterna. I consoli, i dittatori comandavano alla repubblica; ma rientrati nella casa paterna, non erano che figliuoli di famiglia, e obbedivano al loro padre. Non pertanto i flamini di Giove, cioè i pontefici consacrati spezialmente al culto di questo Dio, e le vestali, o vergini consacrate a Vesta uscivano dalla potestà paterna, perchè si riputava che entrassero sotto quella del Dio o della Dea (1); ma tutte siffatte istituzioni disparvero col paganesimo. Giustiniano nel rescritto, di cui quì parlano le Istituzioni, e che si trova inserito nel Codice (2), congiunse alla dignità di patrizio il privilegio di rendere indipendente il figliuolo che n'era rivestito. Noi abbiamo spiegata qual'era questa dignità creata da Costantino (*Hist. du droit*. n. 82). Più tardi (an.529 di G.C.) Giustiniano stabilì con una Novella, che la dignità di console, di vescovo, e generalmente tutte quelle che liberano dalla Curia, vale a dire esentano i curiali dalle loro obbligazioni (*Hist. du droit.* p.321), libererebbero eziandio dal potere paterno (3). Tra queste dignità si annoverano ancora quelle di prefetto del pretorio sia nella metropoli, sia nelle provincie, di questore del sacro palazzo, di maestro della cavalleria; o de'fanti (4). Per uno spezial privilegio i figliuoli divenuti *sui juris* per le dignità, benchè fossero usciti dalla potestà paterna prima della morte del capo, pure non perdevano alcun loro diritto; essi erano sempre annoverati nella famigiia come agnati, e quando il capo moriva, gli succedevano come eredi suoi, ed i loro figliuoli, se ne aveano, entravano sotto la loro potestà (5).

V. *Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet, jus liberorum propter jus* postliminii, *quia hi qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt; idcirco reversus etiam liberos habebit in potestate, quia postliminium fingit eum qui captus est, semper in civitate fuisse. Si vero ibi decesserit*, exinde ex quo captus est pater, *filius sui juris fuisse videtur*. Ipse quoque filius *nepösve si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus propter jus postliminii, jus quoque potestatis parentis in suspenso esse. Dictum est autem postliminium a limine et post. Unde eum qui ab hostibus captus in fines nostros postea pervenit postliminio reversum recte dicimus. Nam limina sicut in domo finem quemdam faciunt, sic et imperii finem limen esse veteres voluerunt. Hinc et limes dictus est, quasi finis quidam et terminus: ab eo postliminium dictum, quia eodem limine revertebatur, quo amissus erat. Sed et qui captus, victis hostibus, recuperatur*, postliminio rediisse *existimatur*.

5. Se il padrone sarà stato preso dagl' inimici, quantunque sia fatto loro schiavo, il diritto de' discendenti è in *postliminio*: perciocchè se i presi dagl' inimici ritorneranno, ripiglieranno tutte le lor ragioni, che essi avevano prima; laonde il ritornato avrà parimenti i discendenti in sua potestà, perchè il postliminio finge, che colui, il quale fu preso sia stato sempre nella città. Ma s' egli si morrà presso i nemici, pare, che *dal dì che fu preso il padre*, il figliuolo sia stato libero e di sua ragione. *Similmente diciamo, se il figliuolo* od il nipote sarà stato preso dagl'inimici,il diritto della potestà del padre sia in pendente, per la ragione del postliminio. *Postliminium* poi è detto da *limine*, e *post*. Laonde noi rettamente diciamo colui esser ritornato dal postliminio, che preso dagl'inimici sia dopo ritornato ne'nostri confini. Perciocchè siccome nelle case le soglie fanno confine, così gli antichi hanno voluto, che il confine dello imperio sia come una soglia. Di quì si è detto anche *limes* quasi certo fine e termine: e da questo si è detto *postliminium*, perchè il prigioniero alla medesima soglia ritornava, dalla quale era uscito. Ma se alcuno è preso, e dipoi, vinti gl' inimici, è ricuperato, si dice eziandio ch'egli è ritornato dal *postliminio*.

Jus postliminii. Il diritto di postliminio è di grave importanza, e noi più d'una volta avremo occasione di farne parola. Esso era di due sorte: « *Duae species postliminii sunt, ut aut nos revertamur, aut aliquid recipiamus* » (6); l'una si applicava a talune cose cadute in potere degl' inimici, le quali,se erano ricuperate,dovean ritornare al padrone:tali erano gl'immobili,gli schiavi,i cavalli,le navi,ma non mai le armi,perchè non si posson perdere che vergognosamente (*quod turpiter amittantur*); (7) l'altra s'applicava alle persone libere,e di questa quì si ragiona. Il cittadino preso dagl'inimici diveniva loro schiavo; ma nella sua patria non si riguardava definitivamente come tale;il suo stato trovavasi soggetto ad una vera condizione sospensiva, la condizione del suo ritorno. In questo mezzo tutte le sue ragioni sopra i suoi beni, sopra i figliuoli, sopra gli schiavi, i loro pecull etc. eran sospese: « *Omnia jura civitatis in personam ejus in suspenso retinentur, non*

(1) *Ulp. Reg. T. 10. §. 5. — Gai. 1. §. 130. —Aul. Gel. 1, 12, Noct. Att.* (2) *C. 12, 3, 5.*
(3) *Nov. 81.*
(4) *C. 10, 31, 66.* (5) *Nov. 81, c. 2.*
(6) *D. 49, 15, 14, f. Pompon.*
(7) *Ivi fr. 2.*

abrumpuntur » (1). Se per qualsivoglia modo egli era ricuperato dalle mani de'nemici, venendosi a compiere la condizione sospensiva, rientrava in tutti i suoi diritti, salvo qualche leggiera eccezione, non solamente per l'avvenire, ma eziandio pel passato, come se mai non fosse stato in potere degl'inimici: « *Cetera quae in jure sunt*, *posteaquam postliminio redit*, *pro eo habentur ac si numquam iste hostium potitus fuisset* (2) ». Questo beneficio annesso al ritorno del prigioniero appellavasi *jus postliminii*. Se per contrario egli moriva nella sua cattività, non essendosi avverata la condizione sospensiva, dovea, secondo lo stretto diritto, riguardarsi come schiavo dal momento ch'era stato preso, e si dovea ritenere di aver per conseguenza della schiavitù perduto tutti i suoi diritti. Nondimeno noi vedremo più appresso, che una legge CORNELIA TESTAMENTARIA promulgata sotto Silla (*Hist. du droit* n.° 55), volle che rispetto al suo testamento si operasse, come se egli avesse perduto i suoi diritti non già per la schiavitù, ma per la morte, la qual cosa era di molta importanza (3); e questa disposizione fu dipoi generalmente estesa. Per modo che Ulpiano esprime i risultamenti da noi esposti, dicendo, che se il prigione ritorna dal nemico, egli è reputato non esser mai uscito dal numero dei cittadini, (questo è il *jus postliminii*); ma se non ritorna più è considerato come morto al momento in cui è stato preso (questo è ciò che i comentatori dicono *finzione della legge Cornelia*) « *Retro creditur in civitate fuisse qui ab hostibus advenit. In omnibus partibus juris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur cum captus est* (4) ».

Questi risultamenti generali sono dalle Instituzioni applicati alla potestà paterna. Finchè il padre è prigione lo stato de' figliuoli è in pendente, perchè può aver luogo il postliminio; intanto in questo intervallo è loro permesso di maritarsi, benchè non possano ottenere il consentimento del loro capo (5). Se il padre ritorna riprende la sua potestà come se mai non l' avesse perduta; se muore nella schiavitù, i figliuoli son reputati liberi dal giorno della sua cattività, e per questo effetto *la finzione della legge Cornelia* è indifferente, perchè sia che il padre abbia perduto i suoi diritti per la schiavitù, sia che li abbia perduti per la morte, la sua potestà è ugualmente disciolta.

Exinde ex quo captus est pater. Gaio dice che potevasi al suo tempo far quistione, se i figliuoli divenissero liberi dalla morte reale del padre, o dal giorno della sua cattività (6). Il dubbio probabilmente veniva da ciò che i figliuoli, essendo nell'intervallo il loro stato in sospeso, non aveano realmente operato come persone *sui juris*, e la quistione non era senza importanza; perciocchè se si riguardavano come *sui juris* dal momento della cattività, tuttociò che dopo questo tempo aveano acquistato, era a loro guadagno, mentrechè non era lo stesso se si consideravano *sui juris* solamento dopo la morte (7). Circa 30 anni dopo Gaio due giureconsulti risolvono la quistione in favore de'figliuoli: l'uno è Trifonino (*Hist. du droit* p. 296), il cui avviso trovasi nel Digesto (8), l'altro Ulpiano, il quale dice, che in tutte le parti del diritto (*in omnibus partibus juris*) il prigione è reputato morto dal giorno della sua cattività. Questa opinione, la quale

(1) *D. 28, 5, 32, §. 1, f. Gai.* Egli è di qualche importanza il conoscere la condizione del cittadino durante la sua cattività. A me pare potersi riassumere in questo modo: 1.° Tutto ciò che consiste in diritti, o per meglio dire, nel godimento de'diritti, è in sospenso, e sarà da lui acquistato, se ritornerà. Così i diritti di potestà dominicale, e paterna, gli acquisti fatti da'suoi figliuoli o schiavi sono in sospeso (*D. 49, 15, 22, §§. 2, e 3, Jul. —28, 16, 15, f. Papin.*); egli può essere istituito erede, ma l'istituzione è in sospenso (*D. 28, 5, 32, §. 1, f. Gai.*); i diritti di tutela, ch' egli può avere, sono in sospeso (*Inst. 1, 20, 2.*); la sua successione è in sospeso, e non è ancora aperta etc. 2.° Tutto ciò che consiste nell' esercizio de'diritti, gli è interdetto. Così egli non potrà contrarre giuste nozze, adottare, stipulare etc.; così il testamento che avrà fatto nella cattività, è nullo, anche in caso di ritorno (*Inst. 2, 12, 5.*). 3.° Tutto ciò che consiste nel fatto, è similmente per lui (*Facti autem causae infectae nulla constitutione fieri possunt*). Se dunque egli possedesse una cosa per se stesso, l'usucapione sarebbe interrotta (*D. 49, 15, 12, §. 2.*); similmente se sua moglie fosse rimasta nella sua patria, come non vi sarebbe più riunione di fatto tra loro, il matrimonio sarebbe disciolto (*Ivi §. 3. — D. 24, 2, f. Paul.*). Se per contrario sua moglie si trovasse con lui in cattività, e ne nascessero de' figliuoli; la legittimità di questi starebbe in sospeso (*D. 49, 15, 25, f. Marci.*). 4.° Per eccezione, ed in forza della legge Cornelia la validità del testamento fatto prima della cattività non è in sospeso. (*Inst. 2, 12, 5.*).

(2) *D. 49, 15, 12, §. 6, f. Triph.*

(3) *Paul. Sent. 3, 4, §. 8. — Inst. 2, 12, 5.*

(4) *D. 49, 15, 16, f. Ulp. — Ivi f. 18.*

(5) Vedete qui sopra p. 123. — *D. 49, 15, 12, §. 2.*

(6) *Gai. 1, §. 129.*

(7) *Theoph. h. p.*

(8) *D. 49, 15, 12, §. 1.*

per altro non pare essere stata molto controversa, è quella che le Istituzioni hanno adottata.

Ipse quoque filius. Quando il figliuolo ritorna dal nemico il postliminio produce un doppio effetto, perchè in un tempo medesimo il padre ricupera una proprietà, che avea perduta, ed il figliuolo è reintegrato in tutti i suoi diritti: « *Duplicem in eo causam esse oportet postliminii: et quod pater eum reciperet, et ipse jus suum* (1) ».

Postliminio rediisse. In qualunque modo il prigioniero sia ritornato, per artifizio, per forza, per riscatto, ciò non monta: « *Nihil interest quomodo captivus reversus est* » (2). Dal momento ch'egli è pervenuto sul territorio dell'impero, o su quello d'un popolo alleato o amico vi è postliminio (3).

VI. *Praeterea emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed emancipatio antea quidem vel per antiquam legis observationem procedebat, quae per* imaginarias venditiones, *et intercedentes manumissiones celebrabatur, vel* ex imperiali rescripto. *Nostra autem providentia etiam hoc in melius per constitutionem reformavit, ut, fictione pristina explosa, recta via ad competentes judices, vel magistratus parentes intrent; et filios suos vel filias, vel nepotes, vel neptes, ac deinceps sua manu dimittant. Et tunc ex edicto praetoris in hujus filii vel filiae, vel nepotis, vel neptis bonis, qui quaeve a parente manumissus, vel manumissa fuerit eadem jura praestantur parenti,* quae tribuuntur patrono *in bonis liberti. Et praeterea si impubes sit filius vel filia, vel ceteri, ipse parens ex manumissione tutelam ejus nanciscitur.*

6. Oltre a questo i discendenti cessano d'essere in potestà de' padri per l'emancipazione. Ma l'emancipazione per innanzi procedeva o per osservanza dell'antica legge, celebrandosi per *vendite immaginarie*, e per via di frapposte manomissioni, o *per rescritto imperiale*. Ma la nostra provvidenza ha eziandio riformato questa materia, in miglior modo per una costituzione, la quale, tolta via la pristina finzione, vuol che i padri direttamente e per via di competenti giudici, o magistrati liberino dalle lor mani i figliuoli e le figliuole, o i nipoti e le nipoti, e così via via. E da indi in poi per l'editto del pretore si danno al padre ne' beni del figliuolo o della figliuola, del nipote o della nipote, che sono stati liberati, quelle medesime ragioni che si danno ai padroni ne'beni del liberto. Oltre a questo se il figliuolo o la figliuola, e così in seguito siano impuberi, il padre medesimo, per la liberazione fatta, si trova anche investito della loro tutela.

Imaginarias venditiones. Il diritto primitivo e la legge delle Dodici Tavole non davano al padre il diritto di liberar direttamente il figliuolo dalla potestà paterna. Per questa soggezione, come per quella eziandio, della servitù non ci avea alcun modo speciale di affrancamento; adunque fu forza di ricercare de' mezzi indiretti per giungere a questo scopo. La stessa legge delle Dodici Tavole li apprestò.

Quando un capo di famiglia usava del diritto, che avea', di vendere i suoi figliuoli (*venumdare, mancipare*), trasmettendo per la vendita la sua proprietà al compratore, regolarmente non dovea più aver potestà sul figliuolo venduto. Non però la legge delle Dodici Tavole disponeva: « *Si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto* (*Hist. du droit* p. 89). Il che si spiegava in questo senso, che, se il cittadino divenuto proprietario del figliuolo per la mancipazione, lo francava, questo figliuolo non diveniva *suis juris*, ma ritornava in potere di suo padre, che poteva venderlo una seconda volta. Se il secondo compratore eziandio lo affrancava, ritornava di nuovo in potestà del padre, che poteva venderlo la terza volta, e solo dopo questa terza vendita la potestà paterna era compiutamente esaurita. Siccome il testo della legge in questa disposizione tutta speciale non parlava che del figliuolo (*filium*) i giureconsulti non estesero questa significazione nè alle figliuole, nè ai nipoti, ed in quanto a costoro il capo di famiglia perdeva tutta la sua potestà dopo una sola vendita (4). In qual condizione trovavasi il figliuolo venduto anche dopo che la potestà paterna era compiutamente spenta? Noi sappiamo ch'egli era in potestà di colui, che l'avea comprato per mancipazione (*in mancipio*), assomigliato in certo modo ad uno schiavo; ma poteva avvenire che il suo padrone lo francasse, ed allora egli trovavasi *sui juris*, libero dalla potestà paterna, esaurita per le vendite, e libero dal *mancipium* spento per l'affrancamento. Soltanto colui che l'avea renduto libero avea su lui de'diritti di padronato, e di successione, come vedremo fra breve, trattando delle manomissioni. Ecco come, secondo i principî rigorosi delle Dodici Tavole, i figliuoli, dopo una o più mancipazioni seguite da una o più manomissioni, potevan trovarsi *sui juris*. Egli è probabile che in origine queste mancipazioni fosser vere e reali, ma bentosto divennero finte. Un padre che voleva

(1) *D. 49, 15, 14, f. Pomp.*
(2) *Dig. ivi f. 26.*
(3) *Dig. ivi f. 19. § 5.*
(4) *Gai. 1, § 132. — Ulp. Reg. T. 10. § 1.*

rendere il suo figliuolo *sui juris*, conveniva con un amico di manciparlo a lui, promettendo questi di manometterlo; e così fatte mancipazioni giunsero al termine che per lo più non erano altrimenti adoperate che per finzione ed a solo fine di estinguere la potestà paterna (1). Quest'atto composto di simulate mancipazioni, e di manomissioni intermedie fu detto *emancipazione*.

Del rimanente le differenti mancipazioni potevano farsi o alla medesima, o a differenti persone, nel giorno medesimo, o dopo qualsivoglia intervallo, ma, quando esse eran finte, si avea in costume di farle di seguito; ed alla persona medesima (2). Un solo inconveniente si presentava, ed era quello che risultava da ciò, che il finto compratore conservava sul figliuolo, in qualità di manomettente (*manumissor extraneus*) dei diritti di padronato, di tutela, di successione. Per porvi rimedio il padre ordinariamente faceva la mancipazione con la clausola di fiducia (*contracta fiducia*). Questa nel suo più stretto senso era una clausola, che adoperavasi qualche volta, per la quale nel mancipare una cosa si obbligava il compratore a renderla in un caso determinato. Quì il padre obbligava colui al quale trasferiva la proprietà del suo figliuolo, a rendergliela: « *Ea lege mancipio dedit ut sibi remanciparetur* » (3), ed allora egli avea il suo figliuolo non già sotto la potestà paterna, giacchè questa era esaurita per le vendite, ma in *mancipio*; in questo stato di cose egli poteva da sè stesso manometterlo, ed acquistar egli i diritti di tutela e di successione. Il nome di clausola di fiducia preso nella sua più ampia generalità può eziandio applicarsi alla clausola, per la quale il padre obbligava il compratore non già a rimancipargli il figliuolo, ma a manometterlo. Se il padre non poneva sempre amendue queste clausole, ne poneva almeno una.

Ex imperiali rescripto. Questo è un modo di emancipazione introdotto da Anastasio, che per questa ragione i comentatori han chiamato *emancipazione Anastasiana*, e consisteva nell'ottener dall'imperadore un rescritto, che autorizzava l'emancipazione, e nel far trascrivere questo rescritto da un magistrato, nelle cui mani era depositato (4). *Recta via ad competentes judices vel magistratus, parentes intrent.* La formola semplificata di questa emancipazione, secondo il prontuario d'Harmenopolo sarebbe stata così concepita: *Hunc sui juris esse patior, meoque manumitto.* (Prompt. 1. 17. 8.)

Quae tribuuntur patrono. Giustiniano ponendo un modo molto più semplice in luogo dell'antico modo di emancipazione, e di quello introdotto da Anastasio, volle nondimeno conservare a quest'atto tutti gli effetti, che anticamente avea, anche quando la mancipazione era fatta *contracta fiducia* (5): ecco perchè diede all'ascendente che emancipava tutti i diritti di *padronato*.

VII. ***Admonendi autem sumus,*** **liberum arbitrium esse** ***ei qui filium et ex eo nepotem vel neptem in potestate habebit, filium quidem potestate dimittere, nepotem vero, vel neptem retinere; et e converso filium quidem in potestate retinere, nepotem vero vel neptem manumittere, vel omnes sui juris efficere. Eadem et de pronepte dicta esse intelligantur.***

7. Ed abbiamo a sapere che colui che ha in potestà il figliuolo, ed il nipote, o la nipote nati di lui, ha ***libera facoltà*** **di liberar il figliuolo, e di ritenere in suo potere il nipote o la nipote, ovvero al contrario ritenere in sua potestà il figliuolo e liberare il nipote o la nipote, o farli tutti liberi e di propria ragione. Il medesimo s'intenda esser detto del bisnipote e della bisnipote.**

Liberum arbitrium esse. Questo principio è stato già esposto (p.122). L'emancipazione poteva cadere su di un figliuolo di qualunque età, anche impubere, perchè essa avea per iscopo di liberarlo dal potere paterno, ma non di dargli la facoltà di governarsi da sè. Essa non potea mai operarsi contro la volontà del figliuolo. Paolo dice espressamente: *Filius familias emancipari invitus non cogitur* (6) ». Questa regola è pure enunciata in una Novella, come incontestabilmente ricevuta (7). Nonpertanto si applica su questa materia ciò che altrove abbiam detto per l'adozione (p.139); bastava che il figliuolo non si opponesse.

Gli effetti dell'emancipazione erano di rendere il figliuolo *sui juris*; sotto questo aspetto essa gli era vantaggiosa, ma sotto altri poteva essergli dannosa; perciocchè il figliuolo usciva dalla sua famiglia, tutti i

(1) *Gai. 1. 118.*
(2) *Paul. Sent. 2, 25, 2.* — *Gai. 1. §. 132.*
(3) *Gai. 1, § 140*— Si può dedurre con Segonio (*de judic.* t, 5.) da taluni luoghi di Cicerone, la formola, se non testuale, almeno approssimativa di questa clausola di fiducia, apposta alla terza emancipazione « *ego vero hunc filium meum tibi mancupo, ea conditione, ut mihi emancupas, ut inter bonos bene agier oportet, ne propter te tuamque fidem frauder* » (Cicer: offic. 3. 15. — ad divit. 7.12).
(4) *C. 8. 49 5.*
(5) *Inst. 3. 2. 8.*
(6) *Paul. Sent. 2. 25. § 5.* (7) *Nov. 89 c. 11 pr.*

suoi legami di agnazione eran disciolti, i suoi figliuoli, se ne avea, non erano in sua potestà, e non potevano più trovarvisi, salvo che il capo non avesse consentito a darglieli in adozione: secondo lo stretto rigore delle legge perdeva i suoi diritti di successione su gli altri membri della famiglia; ma noi vedremo più avanti come questi diversi risultamenti furon temperati da' pretori, dalle costituzioni imperiali, e da Giustiniano.

L'emancipazione non era irrevocabile; essa poteva esser risoluta quando il figliuolo emancipato si rendeva colpevole verso suo padre di maltrattamenti o d'ingiurie. Per siffatta risoluzione egli tornava sotto la potestà del padre (1).

VIII. *Sed et si pater filium, quem in potestate habet avo vel proavo naturali secundum nostras constitutiones super his habitas, in adoptionem dederit, idest si hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem judicem manifestaverit, praesente eo qui adoptatur et non contradicente, nec non eo praesente qui adoptat, solvitur quidem jus potestatis patris naturalis; transit autem in hujusmodi parentem adoptivum, in cujus persona et adoptionem esse plenissimam antea diximus.*

8. Ma se il padre darà in adozione il figliuolo ch' egli ha in suo potere all' avolo, o al bisavolo naturale, secondo le nostre costituzioni fatte sopra questa materia; cioè s' egli lo dichiarerà, in presenza di un giudice competente, intervenendo atti, alla presenza dell' adottato, e non contraddicendo lui, come ancora in presenza di colui che adotta, si discioglie il diritto della potestà del padre naturale, e passa nel padre adottivo, nella persona del quale noi dicemmo l' adozione esser pienissima.

Tutto questo ci è già noto, per ciò che abbiam detto sull'adozione (p. 140). In questo caso si estingue la potestà paterna, ma il figliuolo non diviene *sui juris*, egli non fa che cambiar capo; ed in ciò questo modo di scioglimento del potere paterno differisce dagli altri che abbiamo finora esaminati. Si può per quest'ultimo rispetto assomigliare a questo caso quello, in cui un capo di famiglia si dà in arrogazione: perciocchè in questo caso la sua potestà paterna si estingue, ma i suoi figliuoli lo seguono sotto il potere d' un nuovo padre di famiglia (p. 143).

IX. *Illud autem scire oportet, quod si nurus tua ex filio tuo conceperit, et filium postea emancipaveris, vel in adoptionem dederis, praegnante nuru tua, nihilominus quod ex ea nascitur in potestate tua nascitur. Quod si post emancipationem, vel adoptionem conceptus, patris sui emancipati, vel avi adoptivi potestati subjicitur.*

9. Si debbe eziandio avvertire quest'altra cosa, che se la tua nuora avrà conceputo dal tuo figliuolo, e tu dipoi lo abbi emancipato, o dato in adozione, essendo gravida la tua nuora, chi nasce di lei, nasce in tua potestà. Ma se fosse conceputo dopo l'emancipazione, o l'adozione, sottentra alla potestà di suo padre emancipato, o dell' avolo adottivo.

Quando un figliuolo che avea contratto giuste nozze, era emancipato, e dato in adozione, la moglie sempre lo seguiva o che ella fosse in *manu* o no, perchè il matrimonio è una indivisibile unione (p. 117-130). Quando ai figliuoli, quelli che di già eran nati e conceputi restavano in potere del capo. Noi aggiungiamo anche i figliuoli concepiti, perchè sappiamo, che nel matrimonio legittimo i figliuoli seguono la condizione del padre, qual'era nel momento del concepimento (p. 94). Un tempo, quando i figliuoli erano emancipati per via di *mancipazioni*, siccome vi poteano essere degl' intervalli di tempo tra queste mancipazioni, ed un figliuolo poteva essere stato concepito durante questi intervalli, si distingueva: se erano stati concepiti prima dell'ultima mancipazione, e per conseguenza prima che la potestà del capo fosse estinta, essi nascevano sotto questa potestà; se poi erano stati concepiti dopo, non vi erano soggetti (2).

X. *Et quidem neque naturales liberi, neque adoptivi, ullo pene modo possunt cogere parentes de potestate sua eos dimittere.*

10. Ed in vero i figliuoli naturali o gli adottivi, non possono *quasi in alcun modo* costringere i padri a liberarli della lor potestà.

Illo pene modo. I casi in cui un padre poteva esser costretto d'emancipare i suoi figliuoli eran questi: s'egli avea prostituito le sue figliuole (*qui suis filiabus peccandi necessitatem imponunt*) (3), esposti i figliuoli (4), contratto un matrimonio incestuoso (5), ed infine vi si può aggiugnere il caso, in cui quegli che era stato adottato mentre era impubere, pervenuto alla pubertà faceva per via dell'emancipazione disciogliere l'adozione, che provava essergli svantaggiosa.

---

(1) *C. 8. 50.* (2) *Gai. 1. § 135.*
(3) *C. 11. 40. 6. — 1. 4. 12.*
(4) *C. 8. 52. 2. — Nov. 153. c. 1.*
(5) *Nov. 12. c. 2.*

Come si discioglieva il potere maritale (*manus*) ed il mancipium.

Pare che il potere maritale (*manus*) si potesse disciogliere anche durante il matrimonio: qual'era il modo con cui si discioglieva? Il manoscritto di Gaio è in questo passo così alterato da non potersi leggere tutt'intero. Questo modo era probabilmente l'emancipazione, perchè la moglie in *manu* era in certa guisa assomigliata ad una figliuola (1). Oltre a ciò questo potere si poteva distruggere anche contro la volontà del marito, quando la moglie gl' inviava il *repudium*, e faceva divorzio.

Le persone soggette al *mancipium*, essendo considerate come schiavi, divenivano *sui juris* quando eran manomesse per la *vindicta*, pel censo, o pel testamento; ma le restrizioni imposte dalle leggi *Ælia Sentia* e *Furia Caninia* non si applicavano a queste manomissioni. Che anzi al tempo, in cui il *mancipium* era divenuto il più delle volte finto ed avea per iscopo di rendere indipendente un figliuolo, la volontà del padrone non poteva impedire, che il figliuolo a lui dato *in mancipio* non fosse iscritto quando faceasi il censo, come libero e *sui juris*, salvo che la mancipazione non fosse stata fatta seriamente per causa *nossale*(2). Colui che per via di manumissione era liberato dal *mancipium* non era libertino, ma ingenuo; perciocchè egli era nato libero, e non era mai stato schiavo; nondimeno, siccome era assomigliato ad uno schiavo (*servorum loco habetur*), così quegli che lo liberava (*manumissor extraneus*) era per più riguardi assomigliato ad un *patronus* (*per similitudinem patroni*), e come tale avea de'diritti di successione (3), il che, come più appresso vedremo, fu corretto dal pretore (4); e de'diritti di tutela: in questo caso Ulpiano, e Gaio lo appellano *tutor fiduciarius* (5). In quanto alla quistione se i figliuoli dell'uomo soggetto al *mancipium* lo seguissero dopo la sua liberazione, e restassero in potere del padrone, Labeone la decide in favore del padrone; ma Gaio avvisa che questi figliuoli debbano essere *sui juris*, se il padre muore in *mancipio*, e soggetti al potere paterno, se egli è liberato (6). Questa differenza di opinioni poteva aver origine da che il *mancipium* sotto Labeone era sovente reale, e al tempo di Gaio il più delle volte era fittizio.

AZIONI RELATIVE AI DIRITTI DI FAMIGLIA

Noi qui non faremo che indicare le più importanti tra queste azioni.

Relativamente alla paternità o alla potestà paterna: 1.° L'azione *de partu agnoscendo* si dava tanto durante il matrimonio, quando dopo il divorzio, alla moglie contro il marito, affinchè questi riconoscesse, ed allevasse, come suo figliuolo legittimo, il figliuolo, ch'ella avea dato alla luce. Per viemaggiormente assicurare i suoi diritti, la moglie, quando avvedevasi d' essere incinta, poteva ne'trenta giorni che seguivano il divorzio, significare al marito la sua gravidanza: questi avea il diritto di mandare a verificare la gravidanza, e di porre de'custodi per impedire una supposizione di parto (*custodes mittere*); poteva pure impugnare che il figliuolo fosse conceputo per opera di lui. 2.° Similmente il padre avea delle azioni contro il figliuolo, per far riconoscere ch'egli n'era il padre, o no, ed il figliuolo non altrimenti avea delle azioni contro il padre per far riconoscere ch'egli era suo figliuolo, o no (7). Niuna di queste azioni era ammessa, quando trattavasi di figliuoli *vulgo concepti* (8). Altre azioni potevano aver luogo relativamente non già alla paternità, ma si bene alla potestà paterna; il padre poteva intentare un'azione per far riconoscere che il suo figliuolo era sotto la sua potestà, o no; il figliuolo per far riconoscere ch'egli era *sui juris*, o no. Tutte siffatte azioni erano nella classe di quelle, che dicevansi pregiudiziali; qualità propria di certe azioni, che spiegheremo più avanti (9). Sotto un'altra relazione quando un padre voleva reclamare il suo figliuolo dalle mani d'una persona estranea, egli anticamente ciò faceva per via della *vindicatio*, riguardando il figliuolo come cosa che a lui si apparteneva; ma il pretore gli diè un'altra specie particolare di azione (10).

Relativamente al *mancipium*, doveano esservi delle azioni analoghe a quelle, che si

(1) *Gai. 1. §. 136. — Ved. Ulp.* il quale esclude su questo punto ogni dubbio. *Reg. 11. §. 5.— Gai. 1. §. 166.*

(2) *Gai. 1. §. 138. e seg.*

(3) *Ved.* un fram. delle Ist. di Ulp. *lib. 2. tit. De successionibus ab intestatis. §. 5.*

(4) *Inst. 3. 9. 3.*

(5) *Ulp. Reg. T. 11. §. 5. — Gai 1. §. 166.*

(6) *Gai. 1. 135.*

(7) *D. 25. T. 3. e seg.*

(8) *D. 25. 3. 5. §. 4. f. Ulp.*

(9) *Inst. 4. 6. 13.*

(10) *D. 6. 1. De rei vindicat. 1. § 2. fr. Ulp.— 43. T. 30. De liberis exhibendis.*

davano a riguardo degli schiavi, o de'libertini; ma noi non troviamo nulla di speciale a questo proposito ne'frammenti degli antichi autori, e sotto Giustiniano poi tutta questa parte era interamente scomparsa.

Noi non faremo parola delle azioni relative ai beni, com'è quella, che dopo lo scioglimento del matrimonio, davasi alla moglie o ai suoi eredi, per ottenere la restituzione della dote (*rei uxoriae actio*), e che noi esamineremo, quando tratteremo particolarmente delle azioni; molto meno c'intratterremo delle accuse criminali contro i colpevoli di stupro, d'adulterio, od'incesto; perciocchè questa materia appartiene all'ultimo titolo delle Istituzioni.

TITULUS XIII. DE TUTELIS.

Transeamus nunc ad aliam divisionem personarum. Nam ex his personis, quae in potestate non sunt, quaedam vel in tutela sunt vel in curatione, quaedam neutro jure tenentur. Videamus ergo de his, quae in tutela vel in curatione sunt. Ita enim intelligemus caeteras personas, quae neutro jure tenentur. Ac prius dispiciamus de his quae in tutela sunt.

TITOLO XIII. DELLE TUTELE.

Passiamo ora ad un'altra divisione delle persone, perchè di quelle che non sono in potestà altrui, alcune sono sotto tutela, o curatela, alcune non sono nè sotto l' una nè sotto l' altra. Vediamo adunque di quelle persone che sono sotto tutela o curatela; poichè così verremo a conoscere quelle che non vi son soggette Ma pria consideriamo quelle che sono sotto tutela.

Dopo aver considerato le persone per rispetto alla loro posizione privata nello Stato e nelle famiglie, passiamo ad esaminarle per rispetto alla capacità o all' incapacità, nella quale possono essere, di governarsi e difendersi da se. Infatti alcune cagioni o generali, come la debolezza della età o del sesso, ovvero particolari come la demenza, l'infermità, posson porre le persone in uno stato d'aver bisogno d'un protettore. In questo caso alle leggi si appartiene di darlo. Veggiamo come le leggi romane vi avean provveduto. Siccome le persone *alieni juris* erano in proprietà del capo, al quale eran soggette; così a questo capo, che n'era il proprietario, apparteneva il dirigerle; e però per quanto esse fossero incapaci, trovavano la protezione, che loro era necessaria, nel potere medesimo, al quale obbedivano: Quindi la legge non avea a prender cura, in un modo speciale, della loro difesa, e tutto ciò che siam per dire, è ad esse assolutamente estraneo. Ma quelli che erano *sui juris* essendo alla testa d'una famiglia, padroni di se stessi, e de'loro beni, aveano indispensabilmente bisogno, che la legge provvedesse ai loro interessi, quando essi erano incapaci di provvedervi da se; e a questo fine appunto si statuì, che fosser sottoposti, secondo i casi, alla tutela o alla cura. Siffatte istituzioni erano richieste dalla natura stessa delle cose, e comuni generalmente a tutti i popoli (1); la legge romana se ne impadronì, le rivestì del suo carattere particolare, e così esse vennero a collocarsi nel diritto proprio de'soli cittadini.

Le cagioni generali, che agli occhi della legge romana rendevano le Persone incapaci d'esercitare i loro diritti, erano la debolezza dell'età negl'impuberi, e quella del sesso nelle donne; le cagioni particolari che potevano colpir d'incapacità una tale persona, senza colpirne una tal'altra, erano per esempio il furore, la demenza, la prodigalità etc. Nel primo caso eravi luogo alla tutela, nel secondo alla cura; noi seguendo le Istituzioni ci farem da prima a trattar della tutela. Adunque si davano i tutori agl'impuberi, od alle donne, qualunque fosse la costoro età (2). Nondimeno la tutela perpetua delle donne cadde successivamente in disuso, ed all'epoca di Giustiniano non ne restava più alcuna traccia. Noi ne daremo un'idea, ma per non mescolare la legislazione esistente con quella, ch'è abrogata, primamente tratteremo della tutela degl'impuberi, e di poi separatamente parleremo di quella delle donne.

1. *Est autem tutela*, *ut Servius definivit*, vis ac potestas in capite libero ad tuendum *eum*, *qui* propter aetatem se *defendere nequit*, jure civili data ac permissa.

1. È poi la tutela, come l'ha definita Servio, *un certo potere con autorità sopra colui ch' è libero, dato e permesso dal diritto civile, per proteggere* colui che *per cagione della poca età* non si sa difendere.

Quasi tutte le parole di questa definizione han dato materia ad un comentario; e a dir vero esse indicano tutti i caratteri essenziali della tutela.

---

(1) *Gai 1. §. 189.*

(2) *Tutores constituuntur tam masculis, quam feminis: sed masculis quidem impuberibus duntaxat .... feminis autem tam impuberibus quam puberibus* (*Ulp. reg. 11. §. 1.*).

Vis ac potestas. Alcuni han veduto in *vis* l'autorità sulla persona del pupillo, in *potestas* l'autorità sui beni; altri in *vis* il potere che ha il tutore di operare da se stesso, in *potestas* il diritto d'autorizzare gli atti del pupillo; vi ha anche chi crede, che il *vis* indica quell'obbligazione, per la quale il tutore è costretto anche contro sua volontà ad accettar la tutela, ma per poco che si abbia conoscenza dello stile delle leggi romane, si vedrà che in queste leggi le parole *vis ac potestas* di frequente si congiungevano insieme, e quest' osservazione è di Vinnio, il quale in sostengono della sua opinione cita de'passi del Digesto, delle Instituzioni, e del Codice, ne'quali siffatte parole trovansi similmente congiunte (1). Esse adunque formano un pleonasmo solito ad usarsi; ciò è fuor d'ogni dubbio. Io non pertanto aggiugnerei che questo pleonasma quì potrebbe non essere interamente inutile; perciocchè vi erano certe tutele di donne, nelle quali il tutore non avea, per così dire, che una potestà senza forza, non dava la sua autorizzazione che per la semplice forma, ma non poteva ricusare di dar la; talchè a questo proposito Gaio, osserva, che se questo tutore era un *patronus*, o un ascendente, non si poteva costringere a dar la sua autorizzazione, e che in tal caso la sua tutela avea qualche forza: ». *Legittimae tutelae vim aliquam habere intelliguntur* (2). Ciò può meglio farci comprendere il valore di quella frase *tutela est vis ac potestas*, ben inteso che quì *potestas* è una voce presa nel senso generale della lingua romana, e non già quella parola giuridica *potestas*, che dinota specialmente la potestà dominicale o paterna.

In capite libero. Per queste dizioni sovente si dinota una persona che non è schiavo; ma quì hanno un senso più esteso; esse indicano una persona libera da ogni potestà, *sui juris*, qualità senza la quale non si può esser sotto tutela. Noi non diremo che esse si applicano eziandio al tutore, e che significano, che la potestà è data ad un capo libero sopra un capo libero. La costruzione della frase ed il ragionamento si oppongono a questa duplice significazione. Egli è vero che per esser tutore bisogna non essere schiavo, ma non è necessario d'essere *sui juris*.

Ad tuendum. La potestà del tutore è principalmente di protezione, e nell' interesse del pupillo, ed in ciò è ben differente dalle vere potestà *potestas*, *manus*, *mancipium*; essa ha per iscopo di difendere la persona ed i beni dell'impubere. Al tutore non si danno già i diritti di costui, nè se ne trasmette la proprietà, ma gli si affida solamente la cura di vegliare alla loro conservazione, ed al loro esercizio.

Propter aetatem. Giacchè sotto Giustiniano la tutela a cagione del sesso non è più.

Jure civili. L'espressione *jus civile* ha, come abbiamo già detto due significazioni: essa qualche volta dinota il diritto proprio ai soli cittadini per opposizione al diritto delle genti, e qualche volta il diritto stabilito dal potere legislativo per opposizione al diritto pretorio (p. 87). L'una e l'altra significazione è applicata alla tutela; perciocchè da un lato i soli cittadini possono esser tutori, o ricever dei tutori secondo la legge romana, e dall'altra la tutela fu introdotta e regolata non già da'pretori, ma sì bene dalle leggi, da senato-consulti, e dall'uso (*legibus senatus consulti*, *moribus*) (3).

Data ac permissa. Alcune volte la tutela è data dalla legge stessa, com'è quella che è deferita di diritto agli agnati; non si può negare che questa non sia *jure civili data* (4); altre volte la tutela è solamente permessa, com'è quella, che la legge permette al capo di famiglia di conferire per testamento; non vi è dubbio che questa è *jure civili permissa* (5). A siffatta differenza si posson riferire le parole del testo *data ac permissa*, comechè per altro e i giureconsulti romani, e Teofilo nella sua parafrasi non sembrino ad esse attribuire alcun senso speciale e distinto. Anche questo è un pleonasmo.

II. ***Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, exque ipsa re nomen ceperunt: ituque appellantur tutores quasi tuitores atque defensores; sicut aeditui dicuntur qui aedes tuentur.***

2. I tutori son quelli che hanno cotal potestà, e dalla cosa istessa hanno ricevuto il nome; perciocchè essi sono appellati quasi protettori (*tuitores*) e difensori, siccome son detti *aeditui* coloro che difendono e custodiscono gli edifizi.

Dopo queste idee generali le Istituzioni

(1) *Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem (Dig. 1. 3. 17.).—Inst. 4. 15. 5.* « *Ejusque (interdicti) vis et potestas hoc est* » *C. 4. 36. 7.* — Aggiungete Gaio *1*. §. 22. parlando de' metalli anticamenti adoperati nel traffico ». *Eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere* ».

(2) *Gai 1*. §. *192*. (3) *Ulp. Reg. 11*. §. *3*.

(4) *D. 26. 4. 1. e 5. f. Ulp.*

(5) *D. 26. 2. 1. f. Gai.*

passano ad esporre le diverse tutele. Noi qui non ricercheremo di quante specie esse erano, ma riserbando ad altro luogo siffatta quistione, le percorreremo successivamente una dopo l'altra seguendo il testo e cominciando da prima da quella che davasi per testamento. Questa tutela dicevasi testamentaria (*testamentaria tutela*); ed i tutori dati in questo modo, tutori testamentari (*testamentarii tutores*) (1). Ancora troviamo in Gaio ed Ulpiano, che siffatti tutori portavano il nome di tutori dativi (*tutores dativi*), quando nominatamente eran dati, cioè spezialmente designati nel testamento (2). Ma siffatta denominazione meno generale dell' altra riferivasi principalmente ad una particolarità della tutela delle donne, che noi vedremo trattando di questa materia.

III. ***Permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent testamento tutores dare. Et hoc in filios filiasque procedit omnimodo: nepotibus vero, neptibusque ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in patris sui potestatem non sunt recasuri. Itaque si filius tuus mortis tuae tempore in potestate tua sit, nepotes ex eo non poterunt ex testamento tuo tutorem habere, quamvis in potestate tua fuerint, scilicet quia, mortuo te, in potestatem patris sui recasuri sunt.***

3. È adunque permesso a' padri che hanno in potestà figliuoli impuberi, di dar loro per testamento i tutori, e questo s' intende assolutamente nel caso de' figliuoli, e delle figliuole. Ma quanto a'nipoti, ed alle nipoti, i padri possono dar tutori nel testamento, se i nipoti dopo la sua morte non ricaderanno in potestà del loro padre. E pertanto se tu avrai nel tempo della tua morte il figliuolo in potere, i nipoti nati di lui non possono aver tutori dal tuo testamento, con tutto ch' essi sieno in tua potestà: perciocchè essi, essendo tu morto, ricadono in potestà del loro padre.

La tutela testamentaria era consacrata dalla legge delle dodici tavole in questi termini: « *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto* ». (*Hist. du droit* p. 86). (3). Essa era preferita a tutte le tutele; perciocchè solo in difetto di tutore testamentario si avea ricorso agli altri. Noi dobbiamo esaminare: chi può nominare il tutore per testamento; a chi può darsi; chi possono essere nominati; e come debb' esser fatta la nomina. Le due prime quistioni si trattano in questo titolo, le altre due nel seguente. Il solo capo di famiglia può nominare il tutore nel testamento, e di lui precisamente parla la legge delle Dodici Tavole, che abbiam citata; e può darlo solo ai figliuoli, che son sotto la sua potestà: e però trovasi nella legge questa notabile espressione, *tutelave suae rei*, per significare la tutela delle persone, che gli appartengono; ma non basta che i figliuoli sieno nel potere del testatore, è necessario eziandio che alla morte di lui abbiano bisogno d'un tutore, cioè che siano impuberi e *sui juris*; laonde qui si vuol ripetere le osservazioni già fatte più sopra (p. 146), quando trattavasi di determinare quali sono i figliuoli, che alla morte del capo di famiglia, divengono *sui juris*.

IV. ***Cum autem* in compluribus aliis causis *postumi pro jam natis habentur, et in hac causa placuit non minus postumis, quam jam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut si, vivis parentibus nascerentur,* sui heredes *et in potestate eorum fierent.***

4. Ed essendo che *in molti altri casi* i figliuoli postumi si abbiano in considerazione come se fosser nati, è piaciuto in questo caso, che i tutori possano esser dati in testamento non meno a' figliuoli postumi, che ai già nati: purchè però siano a tal termine che, se nascessero, vivendo i loro padri, sarebbero *eredi suoi*, ed in loro potestà.

In compluribus aliis causis. Le parole *figliuolo postumo* nella significazione più generale dinotano: figliuolo nato dopo la morte, ed allora si dee indicare alcuno, alla morte del quale si rapporta la nascita del figliuolo; perciocchè egli può esser postumo per rispetto all' avolo, allo zio, al fratello, al padre, secondo che è nato dopo la morte dell' uno, e dell' altro. Ma in un senso particolare s' intende per postumo senz'altra speciale designazione il figliuolo nato dopo la morte del padre. Il postumo anche già conceputo, per le persone morte prima della sua nascita non è stato che un essere incerto, e come tale, secondo l'antico diritto romano, non poteva ricevere dal testamento di coloro, rispetto a' quali era postumo, nè tutore, nè legati, nè eredità (4). Questo diritto primitivo fu modificato in un sol punto: quando un capo di fa-

(1) *D. 26. 2. 11. princ. §§. 1. e 4. = 46. 3. 14. §. 5. f. Ulp.*

(2) *Vocantur autem hi qui nominatim testamento tutores dantur, dativi (Gai. 1. §. 154.). Testamento quoque nominatim tutores dati.... tutores dativi appellantur. (Ulp. Reg. 11. 14.).*

(3) *Ulp. Reg. 11. §. 14.*

(4) *Gai. 2. § 241.—Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus; est enim incerta persona (ivi §. 242. — Inst. 2. 20. 26.).*

miglia moriva lasciando un figliuolo solamente conceputo, il quale se fosse nato, sarebbe stato suo erede, parve troppo rigoroso di spogliare questo postumo della eredità paterna, sol perchè era nato dopo la morte di suo padre, e si provvide come se fosse nato, vivente lui. E però fu chiamato all'eredità legittima, fu permesso al capo d'istituirlo nel suo testamento, o di diseredarlo (1); di lasciargli un legato, di nominargli un tutore; e per questo Gaio diceva ne'suoi commentarî, che per la nomina del tutore, e per parecchie altre cause (*in compluribus causis*) il figliuolo postumo era considerato come nato (2). Da lui son prese le espressioni che si leggono nelle Istituzioni; ma qui esse hanno un senso anche più esteso; perciocchè Giustiniano diede ai postumi il diritto di ricevere per testamento da qualsivoglia persona, e li considerò come nati non solo per rispetto al capo, dal quale avrebber dovuto ereditare, ma eziandio per rispetto ad ogni altra persona (3).

Sui eredes. Dicevansi eredi suoi (*sui eredes*), nell'ordine *ab intestato*, i figliuoli, che non essendo nella famiglia preceduti da altra persona, alla morte del capo dovean trovarsi *sui juris*; ma a costoro la legge dava l'eredità. Perchè il postumo potesse ricevere un tutore dal capo di famiglia, che moriva, bisognava che riputandosi nato al momento di questa morte, ei si trovasse nella posizione, che abbiam detta; un esempio farà meglio comprender questa regola. Un avolo ha sotto la sua potestà il suo figliuolo ammogliato, la cui moglie è incinta; durante la gravidanza l'avolo muore lasciando il figliuolo capo di famiglia ed erede suo; questo figliuolo muore anch'egli qualche tempo dopo, continuando tuttavia la gravidanza della moglie; finalmente il nipote viene alla luce, e com'egli trovasi postumo sì all'avolo, e sì al padre, nasce padrone di se, ed ha bisogno di un tutore. Ha egli potuto riceverne uno nel testamento dell'avolo? No, perchè supponendolo nato alla morte dell'avolo, egli non sarebbe stato *sui iuris* e suo erede, giacchè era stato preceduto suo padre, sotto la potestà del quale egli in certa guisa è ricaduto, benchè fosse solamente conceputo. Ma egli ha ben potuto ricevere un tutore nel testamento di suo padre, perchè riputandolo di già nato al tempo della morte di costui, egli sarebbe stato *sui iuris* e *suus heres*. Del resto bisogna badare di non conchiudere da ciò, che il figliuolo debba necessariamente esser erede, perchè il padre possa dargli un tutore nel testamento. La facoltà di nominare il tutore dipende solo dalla potestà paterna; e però il padre potrebbe nel testamento togliere ai suoi figliuoli tutta la successione disseredandoli, e nondimeno destinar loro un tutore (4). Laonde in questa massima di Q. M. Scevola: » *Nemo potest tutorem darè cuiquam, nisi ei, quem in suis heredibus, cum moritur, habuit, habiturusve esset, si vixisset* » (5), per le parole *suis heredibus* si dee solamente intendere, che non si possa dar un tutore se non a' discendenti, i quali non son preceduti nella famiglia da alcun'altra persona; e che per questo son posti dalla legge tra gli eredi suoi.

V. ***Sed si emancipato filio tutor a patre testamento datus fuerit*, confirmandus est *ex sententia praesidis omnimodo, idest sine inquisitione*.**

5. Ma se il tutore sarà dato in testamento dal padre al figliuolo emancipato, *si debbe* per sentenza del Presidente *confermare* in ogni modo, cioè senza inquisizione.

Confirmandus est. In molti casi, in cui la nomina del tutore era nulla secondo il diritto, dovea nondimeno essere confermata dal magistrato. Un titolo speciale è consacrato a questa materia nel Digesto e nel Codice, *de confirmando tutore vel curatore* (6). Se il padre ha dato il tutore in un testamento o in un codicillo nullo; se l' ha dato ad un figliuolo emancipato, sul quale non avea potestà paterna, o anche ad un figliuolo naturale, purchè però in questo caso gli abbia lasciato de' beni (7); se la madre, un *padronus*, od anche una persona estranea han dato per testamento un tutore ad un fanciullo, che hanno istituito ere-

(1) *Gai*. 2. §. 130. — *Inst*. 2. 13. 1.

(2) *Gai*. 1. §. 147.

(3) *Inst*. 2. 20. 26. 28. Bisogna por mente alle due regole seguenti: quando si trattava d'un figliuolo conceputo, per difendere i suoi interessi, impedire che non soffrisse, o risentisse danno nei suoi diritti, si operava come se egli fosse già nato: *qui in utero est perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur* (*D*. 1. 5. 7. *f. Paul*.). Ma quando si trattava d'un postumo, cioè d' un figliuolo conceputo considerato per relazione ad una persona morta prima della sua nascita, non era, sino al tempo di Giustiniano, considerato come già nato che solo relativamente al capo, dal quale avrebbe dovuto ereditare.

(4) *D*. 26. 2. 4. *f. Modest*. — *Ivi fr*. 31.

(5) *D*. 50. 17. 73. §. 1.

(6) *D*. 26. 3. — *C*. 5. 29. (7) *D*. 26. 3. 1. §. 1. — *Ivi fr*. 3. *e* 7. — *C*. 5. 29. 4.

de (1); in tutti questi casi, benchè, secondo lo stretto diritto il tutore non sia validamente dato, pure il magistrato lo confermerà, senza inquisizione, quando sia stato dato dal padre, ma quando sia stato dato da qualunque altra persona, con inquisizione, cioè ricercando, secondo, la facoltà, la probità, e l'abilità del tutore, s'egli potrà bene adempiere il suo uffizio (2).

TITULUS XIV.

QUI TESTAMENTO TUTORES DARI POSSUNT.

TITOLO XIV.

CHI PUÒ ESSER DATO TUTORE PER TESTAMENTO.

Egli è evidente per primo principio, che non si potevano per testamento nominar tutori se non quelle persone, che era lecito far entrare nella formazione di tale atto, e che potevan prendersi a scopo d'una disposizione testamentaria, o, per esprimerci, secondo i romani, quelle, con le quali si avea la fazione del testamento: » *Testamento tutores hi dari possunt, cum quibus testamenti factio est. —Cum quibus testamenti faciendi jus est.* » (3) Quindi ne erano esclusi tutti gli stranieri, perchè non si avea con essi la fazione del testamento. Ma bastava egli questa condizione generale, ed ogni persona capace di figurare in un testamento come erede, o come legatario, poteva ella figurarvi pure come tutore? Le donne, i figliuoli di famiglia, gli schiavi furiosi, gl'impuberi potevano ricevere un legato, una eredità: or potevano per questo ricevere eziandio una tutela? Le Istituzioni successivamente esaminano la nomina di queste diverse persone.

Le donne non potevano esser chiamate alla tutela, la quale era un carico pubblico sotto certi aspetti, e riserbato solo agli uomini (4). Non eravi eccezione che per quelle, le quali ottenevano dal principe la permissione di amministrare la tutela de' loro propri figliuoli (5).

Dari autem potest tutor non solum paterfamilias, sed etiam filiusfamilias.

Può esser dato tutore non solamente il padre di famiglia, ma anco il figliuol di famiglia.

Se il figliuol di famiglia era soggetto al suo padre, ciò avveniva per cagion del particolar carattere della potestà paterna presso i romani, e non già per alcuna incapacità. Egli poteva esercitar tutti i pubblici uffizî, quando avea l'età richiesta; poteva quindi senza dubbio esercitar anche la tutela (6).

1. *Sed et servus proprius testamento cum libertate recte tutor dari potest. Sed sciendum est eum et sine libertate tutorem datum*, tacite libertatem directam *accepisse videri*, *et per hoc recte tutorem esse. Plane si per errorem quasi liber tutor datus sit, aliud dicendum est. Servus autem alienus* pure inutiliter testamento dat*ur tutor: sed ita* cum liber erit, *utiliter datur* : *proprius autem servus* inutiliter eo modo *tutor datur.*

1. E si può nel testamento rettamente dar per tutore lo schiavo proprio con la libertà : ma si ha da sapere che, se egli è dato tutore senza la libertà, riceve *tacitamente la libertà diretta*, ed è rettamente tutore, ma se per errore è dato tutor come libero, non essendo tale, sarebbe altro da dire. Se l'altrui schiavo si dà *puramente* tutore *nel testamento, inutilmente si dà.* Ma se è dato in questo modo: *quando sarà libero*, utilmente è dato. Lo schiavo proprio poi *inutilmente* si dà per tutore *in questo modo.*

Tacite libertatem directam. Gli schiavi erano incapaci di esercitare alcun pubblico uffizio, se dunque volevansi nominare ad una tutela, era necessario francarli. Se eran nominati senza ricever la libertà per via di manomissione, egli è certo che i principî rigorosi del diritto primitivo si opponevano alla validità di così fatta nomina, e che ha dovuto necessariamente essere un tempo, in cui era radicalmente nulla. Non pertanto quando il rigore de'primi principî si fu rallentato, questa conclusione potè esser modificata in favore della libertà, ed a vantaggio de'pupilli (*et liberatis, et pupillorum favore*). Noi troviamo nel Digesto un frammento di Paolo, il quale per ciò solo che lo schiavo è stato nominato tutore, decide che debba avere la libertà diretta (7). Questa opinione non dovea essere universalmente ricevuta, ed interamente stabilita; perciocchè presso a quarant'anni dopo, gli imperatori Valeriano, e Galliano dicono in un rescritto, esser ricevuto in costume, che in questo caso lo schiavo debba aver la libertà fedecommessaria (8). Giustiniano qui consacra l'opinione di Paolo. Tra la libertà diretta, e la fedecommessaria vi ha, sicco-

---

(1) *D. 26. 2. 4. — C. 5. 28. 4. — D. 26. 3. 1. §. 1. — Ivi fr. 4.*
(2) *D. 26. 2. 1. §. 2. — Theoph. h. p.*
(3) *D. 26, 2, 21, f. Paul.—Ulp. Reg. 11. § 15.*
(4) *D. 26, 2, 26, f. Papin.*
(5) *D. 26, 1, 18, f. Nerat.*
(6) *D 1, 6, 9, f. Pomp.*
(7) *D. 26, 2, 32, § 2, f. Paul.*
(8) *C. 7, 4, 9.*

me già sappiamo, questa differenza principale, che la prima si acquista dallo schiavo di pieno diritto dopo l'accettazione dell'eredità, mentrechè la seconda non si può avere se non quando l'erede l'avrà manomesso (p. 100).

Pure inutiliter testamento datur. Una disposizione dicesi pura, e semplice, quando non vi si pone condizione, o modificazione niuna. Non si poteva francare puramente e semplicemente lo schiavo altrui, ma sibbene per fedecommesso (1); la tutela dovea seguir la medesima regola, giacchè essa non poteva esser senza la libertà. È però questa disposizione: *vi prego, mio erede, di liberare lo schiavo del mio vicino, ed io lo do per tutore al mio figliuolo*, era valida; mentre questa: *Stico, lo schiavo del mio vicino sia tutore del mio figliuolo*, dovea esser nulla. Nondimeno i giureconsulti allontanandosi dal diritto rigoroso, decisero, sempre per favore della libertà e de'pupilli, che anche in questo caso sarebbe reputato che il testatore avesse voluto dar la libertà fedecommessaria, salvo che non fosse caso evidente essere stata altra sua intenzione, (*nisi aliud evidenter defunctum sensisse appareat*); quindi l'erede dovea comprare lo schiavo, e dargli la libertà (2). Le parole delle Instituzioni, *pure inutiliter datur*, devono dunque esser prese in questo senso, che la nomina è inutile come pura, e semplice, il che non impedisce che sia valida come fedecommessaria. In quanto a questa disposizione: « *Stico, lo schiavo del mio vicino sia tutore, quanto sarà libero* », essa non avea nulla di contrario al diritto; perciocchè la nomina era fatta per un tempo, che lo schiavo sarebbe capace.

Inutiler eo modo. Perciocchè quegli che dice: io do al mio figliuolo per tutore il mio schiavo Ero, quando sarà libero, evidentemente non ha l'intenzione di liberar questo schiavo.

II. *Furiosus, vel minor viginti quinque annis tutor testamento datus, tutor tunc erit, cum compos mentis, aut major viginti quinque annis factus fuerit.*

2. Il pazzo, ovvero il minore d'età di venticinque anni dato tutore nel testamento, allora sarà tutore, quando sarà sano della mente, o avrà passato l'età di venticinque anni.

Un pazzo non poteva esser tutore. Alcuni autori pensavano che la sua nomina fosse nulla, ma la più parte avvisavano doversi riguardare come fatta sotto la condizione tacita, *cum suae mentis esse coeperit* (3). Questa è l'opinione che le Istituzioni espongono, e che per analogia si applica al minore di venticinque anni. Non accade quì dire, che, se il pupillo abbia a cagion d'esempio dodici anni, ed il cittadino destinato per tutore non ne abbia che venti, cosicchè l'uno giugnerà alla sua pubertà, prima che l'altro pervenga a venticinque anni. la nomina in questo caso sarà interamente inutile.

A compier l'esame di coloro che potevano esser nominati a tutori, si vuol aggiugnere, che i soldati n'erano incapaci (4). Similmente non poteva nominarsi una persona incerta, come « il primo che si abbatterà nel mio convoglio funebre, » perchè la tutela debb'esser data per la confidenza che si ha in alcuno (5).

III. *Ad certum tempus, seu ex certo tempore, vel sub conditione, vel ante heredis institutionem posse dari tutorem non dubitatur.*

3. E non è dubbio, che si può dar tutore fino a certo tempo, o da certo tempo in là, o sotto condizione, o *innanzi all'istituzion dell'erede*.

Il tutore poteva esser nominato puramente e semplicemente (*pure*). Tiziosia tutore; fino a certo tempo (*ad certum tempus, ad diem*): sia tutore per quattro anni, da un certo tempo in là (*ex certo tempore, a die*); prenda la tutela quattro anni dopo la mia morte; sotto condizione (*sub conditione*): sia tutore, se guadagna la lite, che ha in questo momento. E non senza ragione si è *espressamente* disposto intorno alla validità di siffatte nomine; perciocchè noi vedremo che il testatore non avea la stessa latitudine per tutte le disposizioni testamentarie, e non poteva nominare un erede nè per certo tempo, nè da certo tempo in là (6).

Ante heredis institutionem. L'istituzione d'erede era la indicazione delle persone che il tutore sceglieva per eredi. Da questa istituzione il testamento avea il suo essere, e da essa doveva cominciare; talchè anticamente i legati, i fedecommessi, le manomissioni scritte prima dell'istituzione d'erede eran nulle. Ci avea de'giureconsulti, che estendevano questo rigore anche alla

(1) *Inst.* 2, 24, 5.
(2) *D.* 26, 2, 10, §. 4, *f. Ulp.* — *C.* 7, 4, 9.
(3) *D.* 26, 1, 11, *f. Paul.* — 26, 2, 10, §. 3. *f. Ulp.*
(4) *C.* 5, 34, 4, — *Inst.* 1, 25, 14.
(5) *Ivi* 2, 20, 27.
(6) *Inst*, 2, 14, 9.

nomina d'un tutore; ma Labeone, Procolo, e i loro discepoli aveano contrario avviso relativamente al tutore (1). Del resto Giustiniano abolì questa sottigliezza non solo per la tutela, ma eziandio per tutte le altre disposizioni.

IV. *Certae autem rei vel causae tutor dari non potest, quia personae, non causae vel rei datur.*

4. Ma non si può dar tutore ad una cosa, o a causa particolare; poichè il tutore si dà alla persona non alla cosa o alla causa.

Noi vedremo più appresso come bisogna intender questa massima che il tutore si dà alla persona e non alla cosa. Per ora basta dire, che avendo la tutela per iscopo generale di difendere il pupillo in tutti i suoi affari, nella persona e ne'beni, non si poteva farne un mandato speciale per un oggetto determinato. Una nomina di tal fatta sarebbe stata intieramente nulla (2). Per altro a questa regola vi erano anticamente delle eccezioni in certi casi, ne'quali mentre già vi era un tutore se ne nominava un altro per un affare particolare, ma così fatte eccezioni sotto Giustiniano non son più ammesse (3). Del rimanente nulla impediva che si nominassero più tutori allo stesso pupillo: e noi fra poco diremo come doveano fra loro dividersi l'amministrazione. Parimenti nulla impediva, quando i beni eran posti in differenti e lontane provincie, di dividere l'amministrazione di questi beni tra differenti tutori.

V. *Si quis filiabus suis, vel filiis tutores dederit, etiam postumae, vel postumo dedisse videtur, quia filii, vel filiae appellatione et postumus, vel postuma continetur. Quod si nepotes sint an appellatione filiorum et ipsis tutores dati sint? Dicendum est ut ipsis quoque dati videantur, si modo liberos dixerit. Caeterum si filios, non continebuntur; aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Plane si postumis dederit, tam filii postumi, quam caeteri liberi continebuntur.*

5. Se qualcuno avrà dato tutore alle figliuole, o a' figliuoli, pare che gli abbia dati ancora a' postumi, perciocchè sotto il nome di figliuoli, e figliuole si comprende anco il postumo, e la postuma. Ma se saranno nipoti dobbiam forse dire che i tutori sien dati anche a loro sotto questo nome di figliuoli? E si debbe creder che sì. S' egli però avrà detto figliuoli, non s' intenderanno compresi i nipoti: perciocchè altrimenti si chiamano i figliuoli, ed altrimenti i nipoti. Se poi avrà dato tutori ai postumi, si debb'intendere tanto a'figliuoli postumi, quanto agli altri discendenti.

TITULUS XV.

DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

Quibus autem testamento tutor datus non sit, his ex lege Duodecim Tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

TITOLO XV.

DELLA TUTELA LEGITTIMA DEGLI AGNATI.

Per la legge delle Dodici Tavole gli agnati sono tutori a coloro, ai quali non è stato dato tutore per testamento, e son chiamati tutori legittimi.

Noi qui passiamo ai tutori legittimi. Questi, dice Ulpiano, sono in generale quelli che son nominati da una legge, ma principalmente quelli che vengono dalle Dodici Tavole sia espressamente, sia per deduzione: « *Legitimi tutores sunt qui ex lege aliqua descendunt; per eminentiam autem legitimi dicuntur qui ex lege duodecim Tabularum introducuntur, seu propalam, quales sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni* » (4). Siffatti tutori non son nominati da alcuno, ma ricevono la tutela dalla stessa legge: « *Legitimos tutores nemo dat, sed lex Duodecim Tabularum fecit tutores* » (5). In quanto alle espressioni proprie della legge delle Dodici Tavole, esse non ci son note, ma noi sappiamo che questa legge noverando la tutela tra i diritti di famiglia, e stabilendo un' analogia tra la tutela e l'eredità, la deferiva solamente agli agnati. Per gli agnati la tutela non è solamente un provvedimento nell' interesse dell'incapace, ma ancora un diritto; perciocchè si tratta della loro agnazione, dell'associazione di famiglia, di cui son membri, del patrimonio di essa associazione. Ed appunto a questo proposito Gaio, e dopo lui le Istituzioni trattano dell' agnazione, della quale noi di già abbiam dato qualche idea p. 113 e *general. del dritto romano* p. 15.

I. *Sunt autem agnati, cognati per virilis sexus cognationem conjuncti, quasi a patre cognati: veluti frater ex eodem patre natus, fratris filius nepos ve ex eo; item patruus, et patruifilius, nepos ve ex eo. At qui per feminini sexus personas cognatione junguntur non sunt agnati, sed alias naturali jure cognati: itaque amitae tuae filius*

(1) *Gai. 2, §. 229, e seg.*
(2) *D. 26, 2, 13, f. Pomp.*
(3) *Gai. 1, 176, e seg. — Ulp. Reg. 11, §. 20, e seg. — Inst. 1, 21, 3.*
(4) *Ulp. Reg. 11. §. 3.*
(5) *D. 26. 4. 5. f. Ulp.*

non est tibi agnatus, sed cognatus, et invicem ut illi eodem jure conjungeris: quia qui nascuntur, patris, non matris familiam sequuntur.

1. Gli agnati poi sono cognati congiunti insieme per via *di sangue maschile*, quasi insiememente dal padre nati; com' è il fratello nato del medesimo padre, il figliuol del fratello, ed il nipote nato di lui. Ma quelle persone, che son congiunte di sangue per via di sesso feminile, non sono agnati, ma sono altrimenti cognati per ragion naturale, e perciò il figliuolo della tua zia non ti è agnato ma cognato, e nella stessa guisa tu gli sei parente, poichè quelli che nascono, seguitano la famiglia del padre, e non della madre.

Noi sappiamo che la parola cognato è una espressione generale, che si applica a tutti i parenti. Gli agnati formano una classe particolare di cognati, e son quelli che son membri d' una medesima famiglia (*ejusdem familiae, ex eadem familia*) (1), comprendendo nella parola famiglia non già una casa sola comandata da un sol capo, ma tutte le case, che nella loro origine riunite in una sola, si dividono successivamente alla morte di ciascun capo. Il diritto civile preso in tutto il suo rigore non consacra altro legame di parentela, che quello degli agnati, ed a questi soli concede i diritti di famiglia, come quelli di tutela, e di eredità. Per opposizione agli agnati, ed in un senso ristretto, si dicono semplicemente cognati i parenti, che solo per naturale legame son congiunti (p. 14, 112).

Per virilis sexus. Adunque gli agnati sono i cognati membri d'una medesima famiglia. Ma quali son coloro che trovansi membri d'una medesima famiglia? Noi lo sappiamo: i parenti per via del sesso maschile nati di giuste nozze o legittime, ed i figliuoli adottivi. Quanto a' parenti dal lato delle donne, siccome essi non entrano nella famiglia della madre, non sono co'parenti di costei altro che cognati: questo è ciò che le Istituzioni dicono in questo luogo. Ma del rimanente può avvenire che un parente per via di sesso maschile non sia agnato, come sarebbe, se è uscito dalla famiglia; ed al contrario un parente per parte di donne ed anche una persona estranea siano agnati, come sarebbe, se sono stati introdotti nella famiglia per l' adozione; non si vuol dunque credere, come potrebbe argomentarsi dalla lettura del testo, che l'agnazione sia essenzialmente unita alla qualità di parente per via di sesso maschile, percioc-chè essa dipende dall'essere nella medesima famiglia. Il testo qui non esprime il carattere dell'agnazione, ma indica quali ordinariamente sono gli agnati, ed i cognati.

II. *Quod autem lex ab intestato vocat ad tutelam agnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is qui poterat tutores dare; sed si quantum ad tutelam pertinet intestatus decesserit: quod tunc quoque accidere intelligitur, cum is, qui datus est tutor, vivo testatore decesserit.*

2. E perchè la legge chiama alla tutela gli agnati ab intestato, non si debbe intendere per questo che colui, che avrà potuto dare i tutori, non abbia in tutto fatto testamento, ma che sia morto senza testamento quanto a quel che si appartiene alla tutela; la qual cosa s' intende esser avvenuta ogni volta che il tutore dato, vivendo ancora il testatore, sia morto.

In questo luogo si esamina quando la tutela legittima debb'aver luogo. Ciò accade: 1.º quando il padre di famiglia è morto senza far testamento, o almeno senza nominar tutore nel suo testamento; in questo caso egli è intestato in modo assoluto, o almeno per rispetto alla tutela; 2.º quando il tutore nominato muore prima del testatore; questi muore intestato relativamente alla tutela, perchè la nomina ch'egli avea fatta è svanita prima della sua morte; 3.º quando il tutore testamentario avendo per qualche tempo amministrato muore, o perde i suoi diritti di cittadino, prima che il pupillo sia giunto alla pubertà; in questo caso si fa ritorno agli agnati per tutto il resto della tutela (2); 4.º quando il testatore ha conferito la tutela fino a certo tempo, o fino a certa condizione: giunto il termine, o compiuta la condizione si dee egualmen- ritornare alla tutela legittima. In questi due ultimi casi il padre di famiglia ha disposto nel testamento per una parte della tutela, e si considera in certa guisa come intestato per tutto il rimanente. Questa è una notabile differenza con l' eredità. Noi vedremo che mai non era permesso ad un cittadino di morire parte testato, e parte intestato relativamente alla sua successione; l'eredità non poteva mai dividersi tra gli eredi legittimi, nè per ragione di quota, nè per ragione di tempo (3). Questo principio non si era applicato alle tutele quanto al tempo, perchè non era contrario alla loro natura che fossero amministrate per un determinato tempo da una persona, e pel rimanente da un' altra.

(1) *Ulp. Reg. 11. §. 4. — D. 38. 10. 10. §. 2. f. Paul.*

(2) *D. 26, 2, 11, §§. 3, e 4, f. Ulp. — D. 26. 4, 6, f. Paul.* (3) *Inst. 2. 14, 9.*

III. *Sed agnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur: nam agnatio juris civilis nomen est; cognationis vero jus non omnibus modis commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non utique.*

3. Ma il diritto di agnazione si perde le più volte per ogni diminuzione di capo, perciocchè l'agnazione è nome trovato dal diritto civile; ma il diritto della cognazione non si muta in tutti i modi, perchè la ragion civile può corrompere i diritti civili, i naturali non mai.

L'agnazione è un effetto puramente civile dipendente dell'essere nella medesima famiglia; essa dunque dee svanire una con tutti i diritti che produceva, quando per qualsivoglia ragione si cessa di essere nella medesima famiglia. La cognazione propriamente detta, cioè la perentela naturale è il risultamento di un fatto, la nascita da uno stipite comune. Questo fatto non si può distruggere, e per conseguente neppur la cognazione. Nulla al mondo potrà fare che chi è nato dal medesimo padre che io, cessi di esser nato di questo padre e per conseguenza cessi di esser mio fratello. Ma i diritti civili dati alla cognazione possono esser tolti dalla legge, perchè essa li ha dati. E però in riassunto il legame di agnazione, e tutti i suoi diritti possono esser distrutti; il legame di cognazione non mai, ma i diritti di cognazione sì certamente. Siccome la perdita dell' agnazione trae la perdita della tutela, così in questo luogo quasi per accessione Gaio, Ulpiano, e le Istituzioni trattano del mutamento di stato (*diminuzione di capo*).

TITULUS XVI.

DE CAPITIS DEMINUTIONE.

Est autem capitis deminutio prioris status mutatio. Eaque tribus modis accidit. Nam aut maxima est capitis deminutio, aut minor, quam quidam mediam vocant, aut minima.

TITOLO XVI.

DELLA DIMINUZIONE DI CAPO.

La diminuzion di capo è il mutamento del primiero stato, e si suol fare in tre modi; perciocchè o è massima, o minore, da alcuni chiamata media, o minima.

Lo stato di cittadino romano, come di già abbiam veduto nella nostra Esposizione Generale p. 6., si componeva essenzialmente di tre elementi costitutivi, senza i quali non poteva esistere: la libertà, la cittadinanza, la famiglia: *Tria sunt quae habemus: libertatem, civitatem, familiam* (1). Non poteva darsi cittadino senza la libertà, la cittadinanza, ed una famiglia, nella quale era o capo, o dipendente. In quanto alle qualità particolari di senatore, patrizio, cavaliere, console etc. queste non erano che accessorie, giacchè potevano trovarsi in una persona, e non trovarsi in un'altra, e per niuna guisa non entravano nella costituzione dello stato di cittadino romano. I tre elementi, che componevano questo stato non eran tutti di eguale importanza, e non si modificavano nel medesimo modo. Siccome la classe degli uomini liberi per sua natura era una quanto alla libertà, fatta astrazione dagli altri diritti, così non eravi mezzo tra il rimanervi e l'uscirne, tra il conservare o perdere la libertà, e però non si dice *libertas mutatur*, ma *libertas amittitur* (2). Questa perdita totale d' uno degli elementi costitutivi dello stato di cittadino romano traeva la perdita dello stato medesimo, e degli altri due elementi che lo componevano e questo è ciò che dicevasi *maxima capitis deminutio*. Similmente, siccome non eravi che una sola cittadinanza romana, non v'era via di mezzo tra il restarvi, o l'uscirne, tra il conservare, o perdere la cittadinanza: non si dice: *civitas mutatur*, ma *civitas amittitur* (3). Questa perdita totale d'uno degli elementi costitutivi dello stato di cittadino romano traeva parimenti la perdita dello stato, ma non quella degli altri due elementi; poichè in questo caso la persona perdendo lo stato di cittadino romano, perdeva certamente la famiglia, ma conservava la libertà: questa è la *media capitis deminutio*. Finalmente siccome nella città romana vi avea molte famiglie, finchè si conservava la libertà e la cittadinanza, non si usciva da una di queste famiglie, che per entrare in un' altra, nella quale si era o capo, o dipendente; non v'era mai perdita assoluta, ma soltanto mutamento (*familia tantum mutatur*) (4). Lo stato di cittadino romano non era distrutto (*salvo statu*) (5), ma sibbene la posizione dell'uomo si modificava (*status duntaxat hominis mutatur*) (6), e questa era la *minima capitis*

(1) *D. 4, 5, 11, f. Paul.*
(2) *Ulp. Reg. 11, §. 11.*
(3) *Inst. h. t. § 2.*
(4) *D. 4, 5, 11, f. Paul.*
(5) *D. 38, 17, 1, §. 8, f. Ulp.*
(6) *Ulp. Reg. 11, §. 13. — Inst. h. t. §. 5.*

deminutio. Anticamente quegli che avea perduto la libertà, o la cittadinanza cessava d'iscriversi sul censo de' cittadini, quegli che avea mutato famiglia continuava sempre ad esservi iscritto, ma in un altro posto, siccome appartenente non più alla tale famiglia, ma alla tal'altra. Ond'è venuto che alla perdita della libertà, e della cittadinanza, del pari che al mutamento di famiglia fu dato il nome di diminuzione di capo? OTTOMANO ha dato su questa locuzione un' ingegnosa spiegazione, la quale è stata citata da Vinnio, comentata da Einnecio, e dapoi generalmente ripetuta, ed è che in tutti questi casi vi ha diminuzione di un capo nella classe degli uomini liberi, nella città, o nella famiglia: di tal che, nel senso primitivo, la parola diminuzione dovea applicarsi alla classe che perdeva uno de'suoi membri, e non all'uomo che n'era membro; ma di poi per una certa trasposizione d'idea si è adattata all'uomo medesimo, e di qui si è detto *capite deminutus*.

I. *Maxima capitis deminutio est cum aliquis simul et civitatem, et libertatem amittit; quod accidit his qui servi poenae efficiuntur atrocitate sententiae; vel libertis ut ingratis erga patronos condemnatis, vel his qui se ad pretium participandum venundari passi sunt.*

1. La grande diminuzione di capo è quando alcuno perde la cittadinanza, e la libertà insieme, il che avviene in coloro, che per atrocità di sentenza son fatti schiavi della pena, ed avviene eziandio ne' francati che son condannati come ingrati contro i padroni, ovvero in coloro che han sofferto d'esser venduti per partecipar del prezzo.

Quegli che perde la libertà, perde in un tempo medesimo la città e la famiglia. Quanto agli avvenimenti, che cagionano questa gran diminuzione di capo noi di già li abbiamo annoverati (p. 85). Qui torna bene di rammentarli. Quelli che il nostro testo qui cita, sono i soli che eran rimasti al tempo delle Istituzioni: 1.° *una condanna*. In fatti i condannati all'estremo supplizio, per esempio ad esser divorati dalle fiere, pena crudele, che sotto Giustiniano era ancora in uso (*qui bestiis subjiciuntur*, *ad bestias damnati*) (1), i condannati alle miniere (*in metallum*, *in opus metalli*) (2). divenivano schiavi per solo effetto della condanna, senz'attenderne l'esecuzione (3). Ma essi non aveano altro padrone che il loro supplizio; e però dicevansi *servi poenae*, e se qualcuno avesse lasciato loro qualche cosa in testamento, la disposizione si avea come non avvenuta, perchè essi non avean padrone, pel quale potessero acquistare (4). Più tardi Giustiniano abolì questa specie di servitù, nella Novella 22. c. 8. (an. 538). 2.° *L'ingratitudine del francato*. Essa dava al padrone il diritto di perseguitare il francato innanzi al magistrato, e di ottenere una condanna per farlo ritornare in servitù (5). 3.° *La vendita che un uomo libero, e maggiore di venti anni faceva di se medesimo per partecipare del prezzo* (p. 85).

II. *Minor, sive media capitis deminutio, est cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur; quod accidit ei, cui aqua et igni interdictum fuerit, vel ei, qui in insulam deportatus est.*

2. La minore o media diminuzion di capo è quando si perde la città solamente, ma si ritien la libertà, il che avviene in colui, che è stato deportato in un' isola.

La media diminuzion di capo fa perdere necessariamente i diritti di famiglia, giacchè questi diritti son proprî ai soli cittadini; ma l'uomo resta libero, e diviene straniero (*peregrinus fit*) (6). L'interdizione dell'acqua, e del fuoco era una formola di bando perpetuo, la quale adoperavasi per costringere un cittadino ad andare da se stesso in bando, privandolo di tutte le cose necessarie alla vita. Niuno, dice Cicerone, potrà per alcun comando del popolo, esser privato de'diritti di cittadino, contro sua volontà: « *Quum hoc juris a majoribus proditum sit, ut nemo civis romanus aut libertatem, aut civitatem, possit amittere nisi ipse auctor factus sit*»; «*civitatem vero nemo unquam ullo populi jussu amittet invitus:* » neppure gli stessi condannati; in quanto a costoro vi si giugne per via indiretta, interdicendo loro l' acqua ed il fuoco: « *Id autem ut esset faciendum, non*

(1) *Inst. 1, 12, §. 3. — D. 48, 19, 11, §. 3. f. Marci; e 29 f. Gai.*
(2) *D. 48, 19, 17, f. Marci.*
(3) *Ivi f. 10, §. 1, Macer. — Ivi f. 2. §. 1, Ulp.*
(4) *Ivi f. 17, Marc.* Plinio ci fa sapere che ve n' erano nella maggior parte delle città, e che facevano le funzioni di schiavi pubblici; « *In plerisque civitatibus, maxime Nicomediae et Nicaeae, quidam vel in opus damnati, vel in ludum, similiaque his genera poenarum, publicorum servorum officio ministerioque funguntur, atque etiam, ut publici servi, annua accipiunt* ». (Plin. Epist. 10, 40).
(5) *D. 25, 3, 6, §. 1, f. Modest. — C. 6, 7.*
(6) *Ulp. Reg. 10, §. 3.*

ademptione civitatis, sed tecti, et aquae, et ignis interdictione faciebant (1) ». Questo carattere sacro, che proteggeva il titolo di cittadino romano disparve, ma la formola rimase. La deportazione differiva dall'interdizione dell'acqua e del fuoco in ciò, che il condannato era confinato in un luogo determinato, in un'isola, dalla quale non poteva uscire sotto pena di morte (2). Questo genere di pena fu sostituito interamente all'interdizione dell'acqua e del fuoco, di cui nondimeno rimase il nome (3). Non si dee confondere con la deportazione la relegazione, che era pure un esilio in un luogo determinato, ma ne differiva in ciò, che la relegazione poteva esser perpetua, o temporanea, e sopra tutto in ciò, che non faceva in alcun caso perdere i diritti di cittadino (4).

III. *Minima capitis deminutio est, cum civitas et libertas retinetur, sed* status hominis commutatur; *quod accidit his qui cum sui juris fuerunt,* coeperunt alieno juri subjecti esse, *vel contra, veluti si filius familias a patre emancipatus fuerit, est capite deminutus.*

3. La minima deminuzione di capo è quando si ritiene la città e la libertà, ma *si muta lo stato*, la qual cosa avviene in coloro, ch'essendo stati di propria ragione e liberi, *cominciarono ad esser sottoposti all' altrui potere*, e viceversa se il figliuol di famiglia è stato emancipato dal padre, in lui avviene la diminuzion di capo.

Status hominis commutatur. Lo stato di cittadino romano, come di già abbiamo spiegato, non è affatto distrutto, pel cangiamento di famiglia; e però quì non si dice *status amittitur*; anzi, Ulpiano in termini proprî dice, che la piccola diminuzione di capo ha luogo *salvo statu* (5); ma se lo stato di cittadino romano non è distrutto, lo stato della persona quanto alla famiglia è modificato, e ciò il nostro testo quì intende significare.

Coeperunt alieno juri subjecti esse. Questo passo non fa altro che citar come esempio l'arrogato, e l'emancipato. Si badi di non intenderlo come se enunciasse il principio, che per aver luogo la piccola diminuzion di capo sia necessario che la persona passi dallo stato di capo di famiglia a quello di figliuolo, o reciprocamento dallo stato di figliuolo a quello di capo. Oltrechè questa versione sarebbe viziosa, essa esprimerebbe purè un errore di diritto. Vi ha piccola diminuzione di capo ogni volta che vi ha cangiamento di famiglia (*cum familiam mutaverint*) (6). Egli può avvenire che in siffatto cangiamento quegli che era figliuolo divenga capo, o reciprocamente; ma può eziandio avvenire che ciò non abbia luogo: così il figliuolo dato in adozione da suo padre entra nella nuova famiglia con la qualità di figliuolo, che avea nell'antica. Una volta la donna che passava in *manu viri*, l'uomo libero ch'era dato in *mancipio* subivano eziandio la piccola diminuzione di capo (7).

IV. *Servus autem manumissus capite non minuitur, quia nullum caput habuit.*

4. Nello schiavo fatto libero non avvien diminuzione di capo, perciocchè innanzi non ebbe capo *(stato)* niuno.

Paolo dice in altri termini: « *Servile caput nullum jus habet, ideo nec minui potest* » (8). Lo schiavo non avea niuno dei diritti che componevano lo stato di cittadino romano, nè libertà, nè città, nè famiglia; in questo senso dicesi *nullum caput habuit*. Quando egli era francato, nè la classe degli uomini liberi, nè la città, nè alcuna famiglia perdevano uno de'lor membri; e però non vi avea diminuzion di capo.

V. *Quibus autem dignitas magis quam status permutatur, capite non minuuntur; et ideo a senatu motos capite non minui constat.*

5. In coloro, ai quali è piuttosto mutata la dignità, che lo stato, non avvien dimnuzione alcuna di capo, e perciò quelli che son rimossi dal Senato, non sono perciò diminuiti di capo.

Noi sappiamo che le diverse dignità non entravano in alcun modo nella composizione dello stato di cittadino romano, che era indipendente da quelle; l'acquisto dunque o la perdita di siffatte dignità non riguardava punto, nè alterava lo stato.

VI. *Quod autem dictum est, manere cognationis jus et post capitis deminutionem, hoc ita est, si minima capitis deminutio interveniat; manet enim cognatio. Nam, si maxima capitis deminutio intercurrat, jus quoque cognationis perit, ut puta servitute alicujus cognati; et ne quidem si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed et si in insulam quis deportatus sit, cognatio solvitur.*

(1) *Cic.* Pro domo c. *29*, e *30*.
(2) *D. 48, 19, 4, f. Marci.*
(3) *D. 48, 19, 2, §. 1.*
(4) *D. 48, 22, 7, Ulp.*
(5) *D. 38, 17, 1, §. 8. f. Ulp.*
(6) *D. 4, 5, 3. f. Paul.*
(7) *Gai. 1, §. 162.*
(8) *D. 4, 5, 3. §. 1, f. Paul.*

6. Quando si è detto che la ragion della cognazione resta anche dopo la diminuzion di capo, si debbe intendere che, se avvenga la minima diminuzione di capo, la cognazione rimane, ma se accada la grande, anche la ragion della cognazione perisce, come nel caso di servitù di uno de'cognati, il quale sebbene dipoi liberato, non acquisterebbe più la cognazione; ancora la deportazione scioglie la cognazione.

Lo scopo che ha fatto quì trattar delle diminuzioni di capo è, come abbiam detto, di conoscere la loro influenza sull'agnazione, ed accessoriamente, sulla cognazione. Questa influenza può riassumersi in questo modo: il legame stesso dell'agnazione e i diritti che da essa provengono son distrutti da qualsivoglia diminuzione di capo: il legame naturale della cognazione non è disciolto da alcuna diminuzione, ma i diritti civili, che vi sono annessi periscono per la grande e per la media, non già per la piccola, la quale lascia l'intero godimento dei diritti civili, e non produce altro effetto che un cambiamento di famiglia, la qual cosa è indifferente per la cognazione. Egli è bene osservare che l'uomo fatto schiavo perde tutti i suoi agnati, tutti i suoi diritti di cognazione, e che mai non li ricupera anche se di poi sia fatto libero; perciocchè dopo la liberazione egli comincia una nuova persona ed una nuova famiglia interamente separata dall'antica persona, e dall'antica famiglia. Lo stesso è nel caso di deportazione; salvochè il deportato non sia stato restituito in intero, cioè rimesso totalmente nel suo primiero stato (p. 146).

VII. *Cum autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum,* qui proximiores gradu sunt, *vel si plures ejusdem gradus sunt,* ad omnes pertinet.

7. Appartenendo adunque la tutela agli agnati, non si appartiene a tutti, ma solamente a coloro, i *quali son più vicini per grado*, e se saranno molti in un medesimo grado, la tutela *appartiene a tutti*.

Qui proximiores gradu sunt. Le Dodici Tavole annoverando la tutela tra i diritti di famiglia, e stabilendo un'analogia tra la tutela e l'eredità, l'aveano deferita agli agnati nell'ordine medesimo che la successione, cioè chiamando da prima i più vicini per grado. Di quì venne quella massima del diritto romano: « *Ubi emolumentum successionis, ibi et onus tutelae* (1). In fatti l'erede presuntivo del pupillo, il quale, se questi viene a morire, deve succedere alla fortuna di lui, è più che altri interessato a conservarla ed accrescerla, e d'altra parte ei si reputava di avere più affezione, perciocchè era il più stretto parente civile. Non dimeno però non si vuole attribuire all'analogia che era tra la tutela, e l'eredità un'importanza troppo rigorosa. Così poteva intervenire che l'agnato più vicino nel grado fosse erede presuntivo, e non fosse per questo anche tutore, per esempio se questi era impubere, sordo-muto, o donna. E reciprocamente poteva accadere che il più stretto agnato fosse tutore, senza essere erede presuntivo, per esempio se il padre nel suo testamento avesse egli stesso destinato un erede al suo figliuolo impubere, siccome ne avea il diritto, secondo quel che appresso vedremo (2).

Ad omnes pertinet. Così vi poteano in un tempo medesimo esser più tutori legittimi non altrimenti che più tutori testamentari.

TITULUS XVII.

DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

Ex eadem lege Duodecim Tabularum libertorum et libertarum tutela ad patronos, liberosque eorum pertinet, quae et ipsa legitima tutela vocatur, non quia nominatim in ea lege de hac tutela caveatur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, ac si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso, quod hereditates libertorum, libertarumque, si intestati decessissent, jusserat lex ad patronos, liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, cum et agnatos, quos ad hereditatem lex vocat, eosdem et tutores esse jusserit; quia plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet. Ideo autem diximus plerumque; quia si a femina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur, cum alius sit tutor.

TITOLO XVII.

DELLA TUTELA LEGITTIMA DE' PADRONI.

Per la medesima legge delle Dodici Tavole la tutela degli schiavi, e delle schiave fatte libere appartiene a' padroni, ed a' loro figliuoli; la qual tutela è parimente chiamata legittima, non perchè si tratti nominatamente in quella legge di così fatta tutela, ma perchè è cavata per interpetrazione da quella legge, non altrimenti che se fosse stata introdotta dalle parole della medesima; ed invero perchè la legge avea comandato che morendo i francati, e le francate ab intestato, le eredità loro s'appartenessero a' padroni, ed a' loro figliuoli, credettero gli antichi, che la legge parimente volesse,

(1) *Inst. 1, 17.* (2) *D. 26, 4, 1, §. 1., e seg. f. Ulp.—f. 8, Paul. — f. 10, Herm.—Inst. 2, 13.*

che le tutele appartenessero ai padroni; essendo chè la legge vuole che sian tutori quegli agnati medesimi, i quali essa chiama all'eredità; perciocchè per lo più dove si ha aspettativa di guadagno per successione, quivi anco si debbe aver il carico della tutela. Ed abbiamo detto per lo più, perchè se un impubere sarà fatto libero da una donna, ed egli si muoia, la donna è chiamata alla eredità, quantunque un altro sia tutore.

Uno schiavo poteva esser fatto libero, essendo ancora impubere, ed avendo per conseguenza bisogno di tutore. Or chi doveva avere il carico della tutela? Un tutore testamentario? ma questi non poteva esservi, essendochè questa spezie di tutore non poteva altrimente esser dato che dal capo di famiglia alle persone soggette alla sua potestà; un agnato? ma il francato comincia da se una nuova famiglia, e non ha agnati. I costumi lo riguardavano in certo modo siccome congiunto alla casa del suo padrone (pag. 111); la legge delle Dodici Tavole avea dato al padrone ed a'suoi figliuoli il diritto di famiglia più importante, il diritto d'eredità, e Teofilo riferisce su tal proposito il senso della legge delle Dodici Tavole, benchè non ne riferisca le precise parole; era dunque conseguente aggiugnervi anco il diritto di tutela, e ciò fecero i prudenti. Così dopo la manomissione il padrone è tutore, e dopo la morte del padrone i suoi figliuoli, e questa tutela è legittima, perchè secondo i termini di Ulpiano, che abbiam citato, così appellavansi i tutori derivanti dalla legge delle Dodici Tavole, sia espressamente, sia per conseguenza: or il padrone ed i suoi figliuoli sono in quest' ultimo caso.

TITULUS XVIII.

DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

Exemplo patronorum recepta est et alia tutela, quae et ipsa legitima vocatur, nam si quis filium aut filiam, nepotem, aut neptem ex filio, et deinceps, impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

TITOLO XVIII.

DELLA LEGITTIMA TUTELA DEGLI ASCENDENTI

Ad esempio de' padroni si è ricevuta un' altra tutela, la quale è medesimamente chiamata legittima; perciocchè se alcuno avrà emancipato il figliuolo, o la figliuola, il nipote, o la nipote nati dal figliuolo, e così tutti gli altri, egli sarà lor tutore.

Il padre di famiglia una volta non altrimenti giugneva ad emancipare il suo figliuolo, che estinguendo da prima la sua potestà paterna per via delle vendite necessarie, trasformandola in *mancipium* per una spezie di ricompra, e francando allora questo figliuolo ch' egli non avea più in potestà, ma in *mancipio*. Egli dunque a rigor di diritto era rispetto al figliuolo un proprietasio, che l'avea francato dal *mancipium*; ed a questo titolo avea i diritti di eredità, e di tutela. Or l' impubere liberato per manomissione dal *mancipium*, trovavasi relativamente alla tutela in uno stato somigliante a quello d'un francato; perciocchè essendo uscito dalla sua famiglia, e non avendo più agnati, non poteva aver tutori di questa classe. Noi abbiam veduto che il proprietario che liberava dal *mancipium* era assomigliato ad un padrone, e che per conseguenza di questa somiglianza avea i diritti d'eredità (p. 153); adunque per un'ulteriore conseguenza dovea eziandio avere, e realmente avea la tutela.

Non pertanto quado si trattava di mancipazioni non serie, ma finte fatte dall' ascendente o dal compratore per giugnere all'emancipazione, siccome allora non si faceva altro che una finzione non preveduta dalla legge delle Dodici Tavole, la tutela che n'era la conseguenza non era riputata *legittima*. I giureconsulti romani le avean dato un'altra qualifica tratta dalle particolari circostanze della specie. In fatti siccome in queste finte operazioni avea sempre luogo una clausola di *fiducia*, sia per obbligare il compratore a francare egli stesso il figliuolo, o la donna che gli era stata mancipata, sia per obbligarlo a rimanciparli al capo di famiglia, affinchè questi da se li potesse far liberi (p. 151), così i giureconsulti avean chiamate *fiduciarie* le tutele, ch'eran la conseguenza di così fatte manomissioni.

Quest'epiteto di tutore *fiduciario* applicavasi senza dubbio al finto compratore, quando egli medesimo avea francato il mancipato. Ciò esprime Ulpiano in questi termini: « *Qui liberum caput mancipatum sibi vel a parente, vel a* (*coemptionatore*) *manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur.... qui fiduciarius tutor appellatur* » (1). Gaio si esprime anche più chiaramente. Dopo aver parlato della tutela *legittima*, egli n'indica un' altra, la tutela *fiduciaria* introdotta ad esempio di quella

(1) Ulp. Reg. 11, §. 5.

del padrone: « *Exemplo patronorum* (quoque) *fiduciaria* (tutela) *re*(per)*ta est; sunt en*(im)... *fiduciariae... pride*(m), *quae ideo nobis competunt, quia* (liberum) *caput mancipatum nobis vel a parente, vel a coemptionatore manumiserimus* » (1).

Ma se la manomissione in seguito d'una remancipazione era] fatta dal padre di famiglia, i giureconsulti romani avean creduto dover per onore, e per deferenza assomigliar costui ad un vero padrone, e dargli il titolo di tutore legittimo: « *Cum is et legitimus tutor habeatur* », Dice Gaio « *Vicem legitimi tutoris obtinet* », dice Ulpiano (2). Perciocchè nella sua qualità di padre gli è dovuto onore e riverenza non minore che ai padroni: *Et non minus huic, quam patronis, honor praestandus est* » (3). Del rimanente al tempo delle Istituzioni, le mancipazioni, la riserva di fiducia erano abolite, come noi già sappiamo, e ricondotte a forme assai più semplici e naturali.

TITULUS XIX.

DE FIDUCIARIA TUTELA.

Est et alia tutela, quae fiduciaria appellatur: nam si parens filium, vel filiam, nepotem, vel neptem vel deinceps impuberes manumiserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam. **Quo defuncto *si liberi virilis sexus ei extant, fiduciarii tutores* filiorum suorum *vel fratris vel sororis vel ceterorum efficiuntur. Atqui patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque ejus legitimi sunt tutores? Quoniam filius quidem defuncti si non esset a vivo patre emancipatus, post obitum ejus sui juris efficeretur, nec in fratrum potestatem recideret, ideoque nec in tutelam. Libertus autem si servus mansisset utique eodem jure apud liberos domini post mortem ejus futurus esset. Ita tamen hi ad tutelam vocantur, si perfectae sint aetatis, quod nostra constitutio generaliter in omnibus tutelis et curationibus observari praecepit.***

TITOLO XIX.

DELLA TUTELA FIDUCIARIA.

Vi è parimente un'altra tutela ch'è chiamata fiduciaria; perciocchè se il padre avrà emancipato il figliuolo, o la figliuola, il nipote, o la nipote e così tutti gli altri impuberi, egli diviene loro tutore legittimo. Ma *morto lui*, se gli resteranno discendenti maschi divengono tutori fiduciarii *dei suoi figliuoli*, o del fratello, o della sorella, o degli altri. Ma morto il padrone legittimo tutore, i suoi figliuoli son legittimi tutori; perciocchè se il figliuolo del morto non fosse stato emancipato dal padre, dopo la sua morte resterebbe libero e di sua ragione, e non ricaderebbe in potestà de' fratelli, nè in tutela. Ma se il francato fosse rimasto schiavo, dopo la morte del padrone rimarrebbe parimente schiavo presso i figliuoli del medesimo. E questi tali son chiamati alla tutela, se saranno di età compiuta; la qual cosa è stato comandato per nostra costituzione che si debba generalmente osservare in tutte le tutele, e curatele.

Quo defuncto. Il padre emancipante, tutore del figliuolo emancipato, morendo avanti la pubertà di questo figliuolo, avrebbo potuto nominargli un tutore, e benchè a rigore di diritto questa nomina non sarebbe stata valida, pure si sarebbe confermata (pag. 157); ma se egli non avesse fatto ciò, davansi a questo figliuolo per tutori quelli che prima della sua emancipazione erano stati suoi agnati, cioè i figliuoli del capo emancipante, e tra costoro si eleggeva quegli che era più vicino di grado all'emancipato (4). Siccome questa tutela non discendeva dalla legge delle Dodici Tavole nè dirittamente, nè indirettamente, ma era la conseguenza di finte mancipazioni con la clausola di fiducia, così si annoverava tra le tutele fiduciarie.

Filiorum suorum. Teofilo in questo luogo dà degli esempi per far vedere, come una persona può trovarsi tutore fiduciario, qualche volta del suo figliuolo, e qualche volta del suo fratello, o nipote. A noi basterà recarne uno pel figliuolo. Un avolo emancipa il suo nipote, e ritiene sotto la sua potestà il padre di costui; l'avolo muore, il padre diverrà il tutore fiduciario del figliuolo emancipato.

Atqui patrono. Giustiniano si fa un obbiezione: Quando il padrone tutore legittimo muore, i suoi figliuoli sono tutori legittimi; perchè poi quando muore il padre emancipato che è tutore legittimo, i suoi figliuoli son tutori fiduciarî? E vi risponde con una ragione, la quale oltre a non provar nulla, non si applica neppure a tutti casi; perciocchè supponiamo che si tratti d'un nipote emancipato da suo avo, rimanendo nella famiglia il padre di lui, questo nipote se non fosse stato emancipato, dopo la morte dell'avo sarebbe ricaduto in potestà del padre, e non pertanto questi non è che tutore fiduciario. La vera ragione è che la legge delle Dodici Tavole dava al padrone ed ai suoi figliuoli l'eredità del francato e per conseguente la tutela, perchè il padrone ed i figliuoli di lui erano la

(1) *Gai. 1.* §§. *166., e 195.*
(2) *D. 26, 4, 3,* §. *10.*
(3) *Gai. 1,* §§. *172., e 175.*
(4) *D. 26, 4, 4, f. Modest.*

sola famiglia civile del francato: questa tutela dunque era legittima; il padre emancipante era stato assomigliato ad un padrone, e per conseguenza considerato anch'egli come tutore legittimo; ma i suoi figliuoli non erano assomigliati ai figliuoli d'un padrone nè per l'eredità, nè per conseguenza per la tutela. La legge delle Dodici Tavole non conferiva loro nè direttamente, nè indirettamente alcun diritto su quest'impubere, che avea cessato di far parte della famiglia, la loro tutela non era dunque legittima, ma puramente di fiducia. E benchè dopo Anastasio i fratelli avessero acquistato il diritto di successione (1), pure la loro tutela per questo non cessò di esser fiduciaria, e non divenne legittima: perciocchè i diritti di eredità, quando non discendevano anch'essi dalla legge delle Dodici Tavole, non recavano la tutela legittima.

Del rimanente si ricordi quest' osservazione generale, che se si prenda l'espressione di tutela legittima, nel suo senso più ampio, cioè di tutela data dalla legge, quella degli agnati, del padrone e de' suoi figliuoli, dell' ascendente emancipante e figli son tutte legittime; ma se si prenda quest' espressione nel suo senso più ristretto, cioè di tutela provegnente dalle Dodici Tavole, sia espressamente, sia per conseguenza, allora gli agnati, il padrone, ed i suoi figliuoli sono i soli tutori legittimi: il padre emancipante a cagion della sua qualità e quasi per onoranza è ad essi assomigliato, ma i suoi figliuoli sono tutori fiduciari.

Si perfectae sint aetatis. L'età compiuta era quella di 25 anni (2). Quegli che dalla legge era chiamato alla tutela, dovea esser capace di amministrarla; s'egli era minore di 25 anni, pazzo, o sordo-muto non poteva esser tutore (3); e quì non si procedeva come per la tutela testamentaria, cioè non si attendeva che l' incapacità fosse cessata, ma immediatamente si passava al tutore, che la legge dopo lui chiamava (4).

TITULUS XX.

DE ATILIANO TUTORE, ET EO QUI EX LEGE JULIA ET TITIA DABATUR.

Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur, in urbe quidem Romana a praetore urbano, et majore parte tribunorum plebis tutor, ex lege Atilia; in provinciis vero a praesidibus provinciarum, ex lege Julia et Titia.

TITOLO XX.

DEL TUTORE ATILIANO, E DEL TUTORE CH' ERA DATO PER LA LEGGE GIULIA E TIZIA.

Se non fosse stato dato tutore al pupillo in alcuna maniera, gli si dava in Roma dal Pretore della città, e dalla *maggior parte* de' Tribuni della plebe, per la *legge Atilia;* nelle province da' Presidenti per la legge Giulia e Tizia.

Siam giunti alla tutela data da'magistrati, che da'comentatori, e dagli scrittori moderni vien detta *tutela dativa.* Questa denominazione è oggidì generalmente adottata, nondimeno non era ricevuta presso i romani giureconsulti. Solamente ravvicinando al frammento di Ulpiano già citato: *Legitimos tutores nemo dat; sed lex...fecit tutores* (5), queste locuzioni frequentemente adoperate, *testamento datus tutor, tutor datus a praeside, a praetore,* si potrebbe conchiudere, che per opposizione alla tutela deferita dalla legge, le due tutele, quella data per testamento, e quella data dal magistrato erano dative, ma il termine *tutor dativus* che come abbiam veduto (p.156) è spezialmente applicato da Gaio e da Ulpiano al tutore dato nel testamento, non è adoperato parimente pel tutore dato da' magistrati. Questo tutore si appella, come in questo luogo delle Istituzioni, *tutor Atilianus* (6) dal nome della legge Atilia, per ordine della quale si dava; e siccome questa legge non riguardava che i tutori dati nella città, così il tutore dato nelle province nominavasi *tutor Juliotitianus* dal nome della legge *Julia et Titia,* che riguardava siffatti tutori. Quest'ultima dizione ci è stata tramandata da Teofilo.

Et majore parte. I tribuni erano in numero di dieci (*Hist. du droit* n.o 22); essi deliberavano insieme col pretore intorno alla nomina del tutore. Questa nomina non avea luogo, che quando la maggioranza dei Tribuni, e per conseguenza almeno sei, dice Teofilo, si uniformavano all' avviso del pretore.

---

(1) *C. 5, 31, 4.* (2) *C. 5. 31. 5.*
(3) *D. 26. 4. 10 § 1. f. Hermog.*
(4) Il sistema, che abbiam percorso delle tutele deferite dalla legge, è quello che al tempo delle Istituzioni era tuttora in voga. Ma dopo quella Novella di Giustiniano, che introdusse un nuovo ordine di successione (an. 554), nel quale non si avea riguardo che al grado di parentela, senza più distinguere gli agnati da' cognati, lo stesso cambiamento fu introdotto eziandio nelle tutele, osservando sempre il principio, che l'una debba esser la conseguenza dell' altra. Nondimeno le donne rimasero sempre incapaci d' esser tutrici, ad eccezion della madre, e dell'avola (*Nov. 108 c. 5.*).
(5) *D. 26. 4. 5.*
(6) *Qui Atilianus tutor vocatur*, dice Gajo 1. §. 185; *quos tutores Atilianos appellamus*, dice Ulpiano Reg. 11. § 18. Similmente Teofilo h. p.

Ex lege Atilia. Non si conosce la vera data di questa legge; essa dee rimontare ad un tempo molto antico, perciocchè dovè frequentemente avvenire che una persona non avesse nè tutore testamentario, nè tutore legittimo, e si dovè allora sentire il bisogno di regolare la nomina d'un tutore. La legge *Atilia* esisteva probabilmente l'anno di Roma 557; perciocchè Tito Livio parlando d'una schiava fatta libera, che vivea intorno a quel tempo, ci dice: « *Post patroni mortem, quia nullius in manu esset, tutore a tribunis et praetore petito....* » (1). Per questo Haubold, nelle sue *Tables chronologiques*, comincia ad indicarla da questo anno, come dubbiosa in quanto alla sua data. Eineccio nelle sue *Antichità romane* la pone nel 443, presunzione che è fondata solamente sul nome d'un tribuno di quel tempo, *Attilio Regolo.* In quanto alla legge *Julia et Titia* si è generalmente d'accordo in porla sotto Giulio Cesare Ottaviano anno 723 di Roma; nondimeno Teofilo ne parla come di due leggi distinte: la legge *Julia*, e la legge *Titia* promulgate l'una dopo l'altra. Bisogna confessare che questa asserzione mal si accorderebbe coi frammenti di tutti i giureconsulti, i quali adoperano sempre *lex Julia et Titia* al singolare.

La nomina d'un tutore non era compresa nelle ordinarie attribuzioni de'magistrati; essa non si rannodava nè all'organizzazione d'un giudizio con l'indicazione del dritto (*iurisdictio*), nè al loro potere esecutivo (*imperium*) (*Hist. du droit* pag. 108); e però era riconosciuto che non aveano il dritto di nominare un tutore, se non quando una legge l'avea loro spezialmente attribuito (2). La legislazione su questa materia andò soggetta a parecchie variazioni, che sono indicate nelle Istituzioni; la prima legge fu la legge *Atilia*, di cui abbiam ragionato.

I. *Sed et si testamento tutor sub conditione, aut die certo, datus fuerat, quamdiu conditio, aut dies pendebat, ex eisdem legibus tutor dari poterat. Item si pure datus fuerat, quamdiu ex testamento nemo heres existebat, tamdiu ex iisdem legibus tutor petendus erat, qui desinebat esse tutor, si conditio existeret, aut dies veniret, aut heres existeret.*

1. Ma se il tutore fosse stato dato in un testamento sotto condizione, o a termine, per le medesime leggi poteva esser dato un altro tutore, fin a tanto che pendeva la condizione o il termine. Similmente se il tutore era dato puramente, finchè non appariva che vi fosse un erede pel testamento, si dovea per le medesime leggi chiedere un tutore; il quale cessava d'esser tutore, allorchè s'adempiva la condizione, o era venuto il giorno, o appariva l'erede.

II. *Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor petebatur; qui desinebat esse tutor, si is qui captus erat in civitatem reversus fuerat; nam reversus, recipiebat tutelam jure postliminii.*

2. Parimenti se il tutore fosse stato preso dagli inimici, per le medesime leggi si chiedeva un tutore, il quale cessava d'esserlo, quando il preso fosse ritornato nella città; perciocchè, essendo ritornato ripigliava la tutela per ragion del postliminio.

Questi due paragrafi riuniti al *principium* esprimono i casi, ne' quali ha luogo la tutela data da'magistrati; essi sono i seguenti: 1.° Quando non vi è assolutamente alcun tutore nè testamentario, nè leggittimo (*si cui nullus omnino tutor fuerat*). 2.° Quando la tutela testamentaria era sospesa o interrotta per qualsivoglia cagione. Così quando il tutore testamentario dovea cominciare il suo ufficio da un certo giorno, o dopo l'adempimento d'una certa condizione, ovvero quando l'erede scelto dal defunto tardava a presentarsi ed accettare l'eredità; perciocchè fino alla sua accettazione il testamento, e tutte le sue disposizioni si trovavano sospese, ovvero finalmente quando il tutore testamentario era preso dagl'inimici. In tutti questi casi il magistrato nominava un tutore provvisorio; perciocchè fino a che vi ha speranza di tutela testamentaria, non si dee ricorrere a quella ch'è deferita dalla legge: « *Sciendum est enim quamdiu testamentaria tutela speratur legitimam cessare* » (3). Se la speranza si effettuava, il tutore nominato dal magistrato cedeva il suo incarico al tutore testamentario, se la speranza veniva meno, lo cedeva al tutore chiamato dalla legge. 3.° Quando il tutore testamentario si scusava dalla tutela, o era destituito (4). Ma in questi casi non v'era speranza di tutela testamentaria; perchè dunque non si ritornava alla tutela degli agnati, come si praticava, quando il tutore testamentario era morto durante la sua amministrazione prima della pubertà del pupillo? Ulpiano dice che ciò avveniva per la ragione che il tutore era destituito precisamente perchè ne fosse nominato un

(1) *Tit. Liv.* 39. 9. (2) *Tutoris datio neque imperii est, neque jurisdictionis; sed ei solum competit, cui nominatim hoc dedit vel lex, vel senatus consultum, vel princeps* (D. 26, 1, 6, § 2, f. Ulp.).
(3) *D.* 26, 2, 11, § 1. 2. *f. Ulp.*
(4) *Ivi* §§ 1, e 2, *f. Ulp.*

altro; « *Nam et hic idcirco abit, ut alius detur* » (1); il che si può spiegare in questo senso, che ogni volta che qualcuno s' indirizzava al magistrato, perchè facesse cessare le funzioni d'un tutore, sia ammettendo le sue scuse, sia destituendolo, ciò traeva la conseguenza necessaria, che siccome il tutore era rimosso per l' intervenimento dell'autorità, così dalla medesima autorità dovea esser nominato il successore.

III. *Sed ex his legibus tutores pupillis desierunt dari, posteaquam primo consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare coeperunt; deinde praetores ex constitutionibus. Nam, supradictis legibus neque de cautione a tutoribus exigenda, rem salvam pupillis fore, neque de compellendis tutoribus ad tutelae administrationem quidquam cavebatur.*

3. Ma si cessò di darsi il tutore per le sopraddette leggi a' pupilli, allorchè prima i consoli cominciarono a dar i tutori per inquisizione a'pupilli dell' uno, e dell' altro sesso, e poi i pretori per le costituzioni, perciocchè nelle soprascritte leggi non si trattava di sicurtà da richiedersi da'tutori, acciocchè le facoltà de' pupilli fosser salve, nè di astringere i tutori all'amministrazion della tutela.

Secondo Svetonio, il potere di nominare i tutori fu dato a' Consoli sotto l'impero di Claudio (2), di poi tolto ai consoli fu attribuito a' pretori sotto Antonino il Pio (3).

IV. *Sed hoc jure utimur, ut Romae quidem praefectus urbis, vel praetor* secundum suam jurisdictionem; *in provinciis autem praesides ex inquisitione tutores crearent, vel magistratus* jussu praesidum *si non sint magnae pupilli facultates.*

4. Ma noi seguiamo il diritto, che in Roma il Prefetto della città, ovvero il Pretore *secondo la sua giurisdizione*, ed i Presidenti nelle Province sulle informazioni nominano i tutori, ovvero il magistrato per commissione de' Presidenti, se la fortuna del pupillo è poco considerevole.

Noi abbiam sufficientemente, nell'*Histoire du droit*, spiegato che cosa era il prefetto della città; i cui poteri non si estendevano oltre a un raggio di cento miglia intorno Roma (n.° 59) (4), i pretori (n.° 33. e 40), ed i magistrati particolari delle città (pag. 321). Non si conosce il tempo preciso, in cui il potere di nominar tutori fu attribuito a queste diverse magistrature, ma siffatto potere esisteva di già sotto Severo al tempo d' Ulpiano, di Paolo, e di Trifonino, come ne fan fede diversi frammenti di questi autori (5).

Secundum suam jurisdictionem. Ciò non vuol dire che il Prefetto ed il Pretore esercitassero la loro autorità sopra un territorio differente. Si è veduto nell'*Hist. du droit*, che le attribuzioni di ciascun di loro si estendevano su tutta la città; e ciò non produceva alcuna specie di conflitto, giacchè queste attribuzioni eran distinte. Ma da che si diede a questi due magistrati la facoltà di nominare ciascuno separatamente il tutore, per evitare un conflitto, fu necessario di dividere tra loro, solamente per quest'oggetto, o il territorio della città, o le persone, secondo la loro qualità, avendo forse riguardo alla loro fortuna. Quest'ultima divisione, quella cioè delle persone, pare che voglia indicare Teofilo in questi termini: « Io dico, *secondo la loro giurisdizione*, perchè ci ha delle persone, alle quali il Prefetto e non il Pretore può dare il tutore (6).

Jussu praesidum. Il Presidente non avrebbe potuto di sua autorità delegare la nomina d'un tutore a qualcuno, che la legge stessa non avesse dichiarato capace di fare siffatta nomina: « *Nec mandante praeside alius tutorem dare poterit* » (7), ma i magistrati municipali erano tra quelli, che la legge dichiarava capaci (8), ed il presidente poteva nominare egli stesso il tutore sul loro rapporto, o incaricarli di questa nomina; i magistrati doveano su di ciò attendere il suo comando (9).

V. *Nos autem per constitutionem nostram hujusmodi difficultates hominum resecantes, nec expectata jussione praesidum, disposuimus, si facultates pupilli, vel adulti usque ad quingentos solidos valeant, defensores civitatum una cum ejusdem civitatis religiosissimo antistite, vel alias publicas personas, id est magistratus, vel juridicum Alexandrinae civitatis, tutores vel curatores creare, legitima cautela secundum ejusdem constitutionis normam praestanda, videlicet eorum periculo, qui eam accipiunt.*

5. Ma noi per la nostra costituzione levando cosiffatte difficoltà degli uomini, e senza che si aspetti il comando de' presidenti, abbiamo disposto che, se la facoltà del pupillo, o dell' adulto è per fino a 500 soldi, possano i difensori delle città insieme col religiosissimo Vescovo, o altre persone pubbliche, cioè i magistrati o il giudice d'Alessandria creare i tutori, o curatori con legitti-

(1) *D. 26, 2, 11. §. 1.*
(2) *Svet. In Claud. c. 23.*
(3) *Jul. Capitolin. M. Anton. vita c. 10.*
(4) *D. 1, 12, §. 4, f. Ulp.*
(5) *D. 26, 5, 3, f. Ulp. — 26, 7, 46 §. 1 e 6 f. Paul.—27, 1, 45, § 3. f. Tryph.—C. 5, 34 3.*
(6) *Tehoph. h. p.*
(7) *D. 26, 5, 8, f. Ulp.*
(8) *D. 26, 5, 3, f. Ulp.*
(9) *Dig. 27, 8, 1, §. 2, f. Ulp.*

ma sicurtà da esser data secondo la regola della medesima costituzione, con pericolo cioè di coloro che la ricevono.

L'innovazione fatta da Giustiniano consiste in ciò, che i magistrati della città non sono obbligati di attendere il comando del Presidente della provincia, per fare la nomina. Noi abbiam di già parlato de' difensori della città (*Hist. du droit* n.° 90), dei Vescovi (n.° 81), del giudice d'Alessandria (n.° 57 in nota). In reassunto i tutori sotto Giustiniano son nominati in Costantinopoli dal Prefetto, e dal Pretore, ciascuno secondo la giurisdizione, e con inquisizione; nelle provincie, quando la facoltà del pupillo eccede 500 soldi (1), son nominati da' Presidenti, con inquisizione; quando la facoltà poi non eccede questa somma, la nomina spetta ai magistrati particolari delle città, senza inquisizione, ma con sicurtà. I tutori nominati con inquisizione (*ex inquisitione*) son fatti tutori dopo un informazione presa dal magistrato, sulla loro facoltà, condizione, costumi, fedeltà, e capacità (2). Quest'informazione è una garentia per gl' interessi del pupillo. I tutori nominati con sicurtà son tenuti di presentare qualcuno, che risponda della loro amministrazione. Questo modo di garentia è più semplice, ed anche più sicuro del precedente; ma esso era applicabile solamente alle piccole proprietà; perciocchè dovea esser più malagevole trovare delle persone, che volesser rispondere d'un considerevole patrimonio. I magistrati potevano nominare più d'un tutore al medesimo pupillo, ma non potevano subordinare la nomina ad un termine, o ad una condizione, perchè doveano provvedere immediatamente, e per intero agl'interessi del pupillo (3).

Quì termina l' esposizione delle diverse tutele. « Si vede chiaro quante sorte vi ha di tutele; ma se si domanda a quanti generi si possan ridurre, la controversia sarà lunga; perciocchè gli antichi han molto dubitato intorno a ciò. Alcuni, come Quinto Muzio, ne han noverato cinque generi; altri, come Servio Sulpizio, tre; altri, due, come Labeone; ed altri han pensato esservi tanti generi di tutela, quante ne sono le specie (4) ». Queste son parole dello stesso Gaio, e noi non sappiamo far meglio che tradurlo, per dare le vere idee de' giureconsulti romani su questa materia. Quanto ai comentatori, ed ai giureconsulti moderni, essi han generalmente divise le tutele in tre generi: tutela *testamentaria*, tutela *legittima*, e quella che dicono *dativa*, secondo che è data, per testamento, dalla legge, o dal magistrato. Le Istituzioni pare che ne distinguano quattro generi: la *testamentaria*, la *legittima*, la *fiduciaria*, e quella *che si dà dai magistrati*.

VI. ***Impuberes autem in tutela esse naturali juri conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur.***

6. Egli è convenìente alla ragion naturale, che gl' impuberi sieno in tutela, acciocchè colui, che non è d' età compiuta, sia governato per l' altrui tutela.

Questa riflessione generale sulla natura delle tutele è tolta da Gaio (5), e noi l' abbiam già fatta, quando abbiam detto (p. 154) che la tutela nel suo principio deriva dalla ragione; il che non impediva però che queste disposizioni presso i romani non fossero di diritto civile, ed applicabili ai soli cittadini, come le disposizioni sulle giuste nozze.

VII. ***Cum igitur pupillorum pupillarumque tutores negotia gerant, post pubertatem tutelae judicio rationem reddunt.***

7. Amministrando dunque i tutori le faccende de' pupilli, e delle pupille, dopo la pubertà renderanno ragione dell' amministrazione, per l' azion di tutela.

Questo non è ancora il luogo d' intrattenerci su questo conto e su quest' azione.

Dell' amministrazione dei tutori.

Vi ha delle formalità che il tutore dee adempiere prima di imprendere l' amministrazione de' beni: la prima si è che dee dar sicurtà di ben amministrare (*Satisdare rem pupilli salvam fore*), salvochè non sia di quelli che ne son dispensati: ritorneremo su questa materia più in particolare. La seconda è che deve, in presenza di per-

(1) Il solido, soldo d'oro conteneva in oro per quanto si è potuto valutarlo, il peso che conterrebbe un pezzo di circa ventidue franchi e cinquanta centesimi. Secondo questo calcolo 500 soldi formerebbero in oro poco più di dodici mila franchi del nostro tempo.

(2) *Theoph. h. t. D. 26, 5, 21, §. 5, Modest.*

(3) *Sub conditione, a praesidibus provinciarum non posse dari tutorem placet. (D. 26, 1, 6, §. 1, f. Ulp.)*

(4) *Gai. 1, § 188.*

(5) *Gai. 1, § 189.*

sone pubbliche, far l' inventario de' beni del pupillo (*repertorium, inventarium*) (1): eccettochè il testatore non l' abbia formalmente vietato (2). Il tutore deè astenersi dal fare alcun atto di amministrazione, prima di aver adempiute queste formalità, se pur non si tratti di cose di stretta necessità, e che non possono patire indugio (3). Quando si è data la sicurtà, e fatto l' inventario, il tutore dee amministrare, anzi vi può essere astretto; e d' altra parte è risponsabile del pregiudizio, che ogni specie di ritardo potrebbe arrecare (*suo periculo cessat*) (4).

Ma può accadere, come abbiam veduto, che vi sieno più tutori. A chi dee affidarsi l' amministrazione? Essa o sarà affidata ad un solo, o data a tutti in comune, o divisa tra loro. 1.° *È affidata ad un solo* (e questo è il partito, che si vuol sempre preferire, come il più favorevole al pupillo); quando si tratta di tutori, che non sono obbligati a dar sicurtà, ed uno di essi offra di darne una (questi debb'esser preferito a tutti gli altri); quando si tratta di tutori testamentarî, ed il testatore abbia disegnato chi debba amministrare; in difetto di queste due circostanze, quando i tutori abbiano a maggioranza di voti affidata la tutela ad uno tra loro; infine quando non avendo ciò fatto, i tutori, abbia il magistrato egli stesso destinato l' amministratore. I tutori che non amministrano, son detti onorarî (*honorarii tutores*); essi non fanno alcun atto d' amministrazione, ma son come gl'invigilatori, di colui che amministra (*quasi observatores actus ejus, et custodes*), e son responsabili in questa qualità (5). 2.° *È data a tutti in comune*, quando i tutori non voglian consentire a lasciare amministrar solo quegli, che il magistrato ha destinato. L'amministrazione in tal caso divien comune, tutto ciò che ognuno di essi faccia senza frode, è valido, ma la responsabilità eziandio è comune (6). 3.° *È divisa tra loro*, dal testatore, o dal magistrato quando questi sulla loro domanda lo giudichi convenevole. Siffatta divisione si opera o per parti, come quando ciascuno prenda una parte diversa dell'amministrazione; o per regioni, come quando il primo prenda i beni della tal provincia, ed il secondo quei d' un' altra provincia (*in partes vel regiones*). Allora ciascun di loro amministra solamente la sua parte o la sua regione, egli non può inframmettersi nell' amministrazione degli altri, se non come invigilatore; ed in questo caso la responsabilità dell' amministrazione è parimente divisa (7).

Le attribuzioni del tutore si estendono alla persona, ed ai beni del pupillo. Per la persona, ei dee principalmente vegliare al suo mantenimento, ed alla sua educazione; sempre in proporzione della facoltà e condizione di lui (8); egli ha pure il debito di consultare il magistrato, quando si tratta di determinare il luogo, dove il pupillo si dovrà allevare (9). Quanto ai beni, il tutore dee vendere gli animali inutili al pupillo, e le cose soggette a deperimento; una volta si annoveravano in questa classe gli oggetti mobiliari, e gli edifizî (10); costringere i debitori del pupillo a pagare: se egli stesso sia debitore del padre del pupillo, dee soddisfare il suo debito (11); amministrare tutt'i beni, ed esigerne le rendite; depositare in un luogo designato il danaro del pupillo, per comperarne de' fondi: la somma, per la quale corre l'obbligo del deposito è determinata, secondo le circostanze, e il tutore che non ne fa il deposito ne deve gl' interessi (12); impiegare il danaro sia dandolo ad interesse, sia comprandone de' fondi; il qual' impiego nel primo anno della tutela debb' esser fatto fra sei mesi; e negli anni seguenti fra due mesi; dopo questo termine il tutore deve gl'interessi, secondo l' uso del luogo; s' egli volgesse a suo profitto il danaro, dovrebbe l'interesse legale alla ragione più alta, cioè il dodici per cento (*centesimae usurae*) (13); pagare i creditori del pupillo e pagare a se medesimo, s'egli stesso sia creditore (14); difendere il pupillo in giudizio, sia intentando un' azione, sia rispondendo ad una domanda di un altro attore, sia appellando (15).

In tutti questi atti, ed in generale nella sua intera amministrazione, il tutore dee adoperare tutta la cura, che porrebbe nei suoi propri affari (*quantam in rebus suis diligentiam*); egli è risponsabile non solamente della frode, di cui si possa render

(1) *D. 26, 7, 7, f. Ulp. C. 5, 37, 24.*
(2) *C. 5, 51, 13, § 1.*
(3) *C. 5, 42, f. 1, 3, e 5. D. 26, 7, 7, p. f. Ulp.*
(4) *D. 26, 7, 1, § 1, f. Ulp.*
(5) *D. 26, 7, 3, §§ 1, a 7, f. Ulp.*
(6) *D. 26, 7, 3, § 8 — 27, 3, 1, § 11, e seg. f. Ulp.*
(7) *D. 26, 7, fr. 3, § 9, e fr. 4. — C. 5, 52, 2.*
(8) *D. 26, 7, 12, § 3, f. Paul. e 13, p. f. Gai.*
(9) *C. 5, 49.*
(10) *C. 5, 37, 22. D. 26, 7, f. 5, §§ 9, e 7, § 1.*
(11) *D. 26, 7, fr. 1, § 4, e fr. 15.*
(12) *D. 26, 7, fr, 5, p. e 7, § 7.*
(13) *Ivi fr. 7, §§ 2, 3, 4, 10, e 11.*
(14) *Ivi fr. 9, § 5.*
(15) *Ivi fr. 1, §§ 2, 3. — C. 5, 37, fr. 6 e 11.*

colpevole, ma eziandio delle colpe (*dolum et culpam praestat*) (1).

Ma qual'è la natura de'suoi poteri, e del suo intervenimento? Questo è un punto importante a determinare.

Si avverta bene di non dire in diritto romano, come si direbbe nel nostro, che il tutore rappresenta la persona del pupillo negli atti civili. Secondo il diritto primitivo, e rigoroso de'Romani un cittadino non poteva esser rappresentato da un altro; egli solo poteva operare per suo conto, ed adempiere le diverse solennità degli atti o da se stesso, o in certi casi, per mezzo delle persone soggette alla sua potestà, perchè queste si reputavano fare una sola, e medesima persona con lui. Non pertanto col tempo si venne a rallentare così fatto rigore. Il principio primitivo fu sempre mantenuto per gli atti del diritto civile, che doveano adempiersi per mezzo di parole e solennità prescritte; e da prima inevitabilmente per quegli atti, che si faceano ne'comizî: come il testamento, l'arrogazione. Similmente per le azioni della legge (« *nemo alieno nomine lege agere potest* » dice Ulpiano) (2), e per gli atti, i quali non erano che finzioni: come l'*in jure cessio*, la manomissione (3), l'adozione; in fine per quelli, che quantunque non fatti avanti la pubblica autorità, pure richiedevano delle solennità eminentemente civili; quindi per la mancipazione, e pe' casi, ne'quali se ne faceva un uso fittizio, come quelli dell'*emancipazione*, del testamento per *aes et libram*; per la *stipulazione*, e pel suo contrario l' *accettilazione* (4); per l'*adizione d'eredità*, non solamente per quella che richiedeva la pronunzia d'una formola sacramentale, cioè la *crezione* (5), ma anche per l'adizione in generale; perciocchè in questo caso si trattava di consentire a continuare nell'associazioni la persona d'un altro cittadino (6). Per gli atti di tale natura non era possibile alcuna rappresentazione: ogni cittadino fu sempre tenuto di operare da se stesso. Ma riguardo agli altri atti, ai contratti, ed alle operazioni del diritto delle genti, fu ammesso che se ne potrebbe confidare la cura a'procuratori, e che potrebbero esser fatti per mezzo di agenti. E benchè, secondo la stretta applicazione de'principî, il procuratore, l' agente fossero persone, che operavano in lor proprio nome nell'interesse d'un terzo, e che obbligavano se medesime, obbligando gli altri verso di se, pure, col mezzo di azioni reciproche di conto, di azioni utili, di vie indirette e d'interpetrazioni varie, secondo i casi, si venne al termine di attribuire i vantaggi o i danni de' negozî a colui, al quale l' affare realmente si apparteneva.

Solo la conoscenza di questi principii generali può dar la chiarezza, ed il colore locale a ciò che riguarda la natura de' poteri del tutore nell' amministrazione de'beni.

Per quegli atti di diritto civile soggetti alla necessità di forme solenni, e di parole prescritte, ne'quali ogni cittadino dee comparire, operare, e parlare da se stesso, il tutore non poteva operare in vece del pupillo, bisognava che il pupillo stesso v' intervenisse ed operasse; ma qui due ostacoli si presentavano: da un lato s'egli era ancora in età da non poter parlare (*infans, qui fari non potest*) (7), ancora di latte o poco più, dice Teofilo, siccome non poteva pronunciare le parole solenni, vi era impossibilità totale che questi atti si compissero. Dall'altro lato quando egli era giunto all'età, che poteva fisicamente profferire le parole prescritte, un altro ostacolo si presentava: la persona civile, che il diritto romano richiedeva per la formazione di questi atti, cioè la persona del cittadino pubere non esisteva ancora in lui. Il primo ostacolo non avea rimedio, finchè si rimanea nei principii del diritto civile, ma ben ve ne era uno pel secondo. Al pupillo che non era più *infans* si aggiugneva il tutore, il quale aumentava e compiva per la sua presenza, e cooperazione la persona incompiuta dell'impubere; questo tutore aggiugnendosi al pupillo faceva sorgere in lui quella persona civile, che il diritto romano richiedeva per gli atti solenni: l' impubere pronunziava le parole solenni dell' atto, il tutore pronunziava quelle, per le quali egli si accostava e dava compimento alla persona del pupillo (*auctor fit*, *auctoritatem praestat*), e l'atto civile era così validamente eseguito. Ecco perchè si dice che il tutore si dà non già ai beni, o all'affare, ma sì bene alla persona: « *Personae non rei, vel causae datur* » (8). Per gli atti adunque, ne' quali il pupillo deve intervenire egli stesso, vi ha

(1) *D. 27, 3, 1, p. — 50, 17, 23 p. f. Ulp.*

(2) *D. 50, 17, 123, f. Ulp. — Ulp. Reg. 11, § 24.*

(3) *C. 7, 1, 3; e 7, 2, 6. const. Diocl. e Maximian. — Dig. 40, 2, 24, f. Paul.*

(4) *D. 46, 3, 13, §. 10, f. Ulp.*

(5) *Gai. 2, 3, 166.*

(6) *D. 49, 1, 17, §, 1, f, Modest. — 29, 2, 90, pr. f. Paul.*

(7) *Dig. 26, 7, 1, §. 2, f. Ulp.*

(8) *Dig. 26, 2, 14, f. Marci.*

impossibilità di compierli finchè egli è *infans*; possibilità, quando non è più *infans*, ma con l'accrescimento, o compimento della sua persona per la cooperazione del tutore.

Riguardo agli altri atti, o che il pupillo sia *infans*, o no, il tutore può farli da se medesimo come agente d'affari. Ecco perchè si dice, che i tutori intervengono negli affari del pupillo in due maniere; o amministrando gli affari (*negotia gerere*), o interponendo la loro autorizzazione *auctor fieri*, *auctoritatem interponere*). « *Pupillorumque tutores*, dice Ulpiano, *et negotia gerunt et auctoritatem interponunt* » (1). Finchè il pupillo è *infans* possono solo amministrar gli affari; quando il pupillo non è più *infans* interpongono la loro *auctoritas* negli atti, che richieggono assolutamente la presenza del pupillo; in tutti gli altri possono o amministrare da se soli, o autorizzare il pupillo. Le conseguenze della gestione tanto nell'attivo che nel passivo si fan ricadere sul pupillo per diversi modi diretti, o indiretti, secondo i casi (2).

Al tempo di Giustiniano parecchi di questi atti solenni scomparvero, o vennero modificati, ed in alcuni si era già temperato il rigore, che vi poneva un'ostacolo assoluto, finchè il pupillo era *infans*. Così già da gran tempo erasi stabilito che il tutore potesse litigare pel pupillo (3); così Teodosio e Valentiniano gli permisero di accettare l'eredità per l'*infans*. Ma per altri atti, come l'arrogazione, la manomissione, la stipulazione, l'accettilazione fu sempre necessario l'intervenimanto anche del pupillo (4).

Diremo, per porre fine a questa materia, poche altre parole sulla capacità degli impuberi. Da ciò che innanzi abbiam detto sull'età delle persone in generale (*Generalizzaz. del dritto rom.* p. 20) si è veduto che l'età degl'impuberi si divideva in due distinti periodi: 1.° quello dell'infanzia, periodo indeterminato, il quale non comprende quasi più che i due primi anni della vita, quelli in cui l'uomo non parla ancora; 2.° il periodo al di sopra dell'infanzia, che comincia dal momento, in cui si è acquistata la facoltà di parlare fino alla pubertà. Ma il materialismo di questa divisione dell'antico dritto romano fondata su di un fenomeno puramente fisico, cioè la parola fu corretto da nuove distinzioni della giurisprudenza. I giureconsulti in cambio di considerar solo la parola, cominciarono ad aver riguardo all'intelligenza (*intellectus*), ed al giudizio (*judicium*). Essi avvertirono che dal momento, che l'uomo può parlare non ha però l'intelligenza degli affari serî, degli atti di dritto. Il fanciullo di tre anni o di quattro potrà pronunziare le parole d'una *mancipatio*, d'una *in jure cessio*, ma comprenderà egli il valore di questi atti? Ed ancora vi è un'età nella vita, in cui si è per avventura acquistata l'intelligenza di somiglianti affari, ma il giudizio per valutarli, per ponderarne i vantaggi, e gli svantaggi non è ancora compiutamente formato. Un fanciullo di nove anni o di dieci intervenendo in una *mancipatio* in una *in jure cessio* può comprendere di che si tratta in questi atti, ma ha egli un giudizio sufficiente per apprezzarli, per giudicare se a lui sono vantaggiosi o no?

Per siffatte considerazioni, i giureconsulti romani suddivisero in due parti il periodo superiore all'infanzia e presero a distinguere, se l'impubere era più vicino all'infanzia (*infanti proximus*), o più vicino alla pubertà (*pubertati proximus*). Suddivisione intermedia, il cui punto d'intersezione, come i suoi estremi, non era determinato in un modo preciso, ma che l'opinione generale tendeva a fissare a sette anni compiuti: « nel settimo, ed ottavo anno, » dice Teofilo (5). Ciò posto l'impubere sia *infans*, sia *infanti proximus* fu agli occhi de'giureconsulti romani mancante di ogni intelligenza degli atti di dritto (*nullum intellectum*), e per questo rispetto fu assomigliato al pazzo: « *Infans et qui infanti proximus est non multum a furioso*

(1) *Ulp. Reg. 11. § 25.*

(2) *Dig. 26. 10. Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere, vel convenire possunt*, Vedi segnatamente i *fr. 2. 4. a 8.* — *Cod. 5. 59* sullo stesso soggetto *2. e 4.*

(3) *Inst. 4. 10. princ.* Il tutore poteva o imprendere egli stesso la causa (*suscipere judicium*, o farla imprendere al pupillo, se non era *infans* intervenendo egli come *auctor* (*Dig. 26. 7. 1. § 2. fr. Ulp.*). Del resto nella procedura per formole ritenevasi per regola generale, che si poteva litigare per procuratore. Gaio ne spiega le conseguenze: *4. § 82. e seg.*

(4) V. le note 14, e 15 citate alla pag. 172.

(5) « *Pupillorum enim alii sunt infantes, veluti qui adhuc lactant, aut his paulo majores; alii dicuntur* proximi infanti: *ut qui recte loqui incipiunt; alii sunt* proximi pubertati. *Et infans quidem stipulari non potest propterea quod ne loqui quidem possit. Neque is etiam qui proximus infanti est qualis fuerit qui septimum, aut octavum annum agit. Hic enim quamvis verba proferre possit, id tamen dijudicare non potest, quid sibi velint ea quae dicuntur* ». (Theoph. Inst, 3, 9, § 10).

differt, quia hujus aetatis pupilli nullum intellectum habent » dice Gaio (1). Per contrario l' impubere più vicino alla pubertà che all'infanzia (*pubertati proximus*), cioè al di sopra di sette anni, o in quel torno, fu reputato avere di già qualche intelligenza degli affari serî: « *Jam aliquem intellectum habent*, » dicono i testi medesimi (2); ma gli manca il giudizio pieno, e maturo (*animi judicium, plenum animi judicium*) per ponderare i vantaggi o svantaggi di questi affari. Questo *plenum animi judicium* non si ha, secondo la romana giurisprudenza, se non alla pubertà (3). E però l'*infans* che non può ancora parlare, e l'*infanti proximus*, il quale benchè possa profferire le parole, non intende ancora le relazioni di dritto, saranno agli occhi de' giureconsulti romani incapaci di figurar come attori o soli, o con l'autorizzazione del tutore nelle operazioni di dritto; gli atti che faranno non saranno riguardati come serî; essi si avranno interamente come non fatti, tanto a riguardo dell'*infans* o *infanti proximus*, quanto a riguardo de' terzi.

Adunque in tutto quest' intervallo sarà necessario che il tutore faccia gli affari. Nondimeno per certi atti civili, che non potevano aver luogo senza la cooperazione personale dell' impubere, per esempio per l'acquisto d' un' eredità, e per quelli che evidentemente tornavano a suo vantaggio, per esempio la stipulazione; una interpetrazione più favorevole (*benignius, favorabiliter, propter utilitatem*) conforme per altro al dritto primitivo permise all'*infanti proximus* d' intervenire, e di operare individualmente, o con l' *auctoritas tutoris*, o anche da se solo secondo i casi, per ciò appunto che poteva meccanicamente pronunziare le formole prescritte (4). Quanto all' impubere *pubertati proximus*, il tutore in tutti i casi potrà farlo intervenire personalmente, e limitarsi a dargli la sua *auctoritas*, essendochè quest'impubere può non solamente parlare, ma ancora comprendere ciò che fa. Che anzi ogni volta che un atto non richiede nell'agente, che l' intelligenza di ciò che fa (*aliquem intellectum*), l'impubere *pubertati proximus*, ne sarà capace da se solo, e senza autorizzazione, perchè egli ha siffatta intelligenza; ma quando l' atto richiederà un giudizio (*animi judicium*), il pupillo anche *pubertati poximus*, se opera senza l'autorizzazione del tutore, sarà riputato non aver alcuna volontà, nè prò, nè contra, perciocchè egli non può giudicare: « *Quoniam nondum plenum judicium animi habet* » (5).

TITULUS XXI.

DE AUCTORITATE TUTORUM.

TITOLO XXI.

DELL' AUTORIZZAZIONE DE' TUTORI.

Le parole specialmente consacrate *auctoritas, auctor* non sono esattamente tradotte nelle parole generali *autorizzazione autorizzante*; il termine esatto manca nella nostra lingua.

Auctor (che deriva dal verbo *augere*, aumentare, crescere, far crescere) indica la causa efficiente: la causa determinante di un fatto, di un diritto, di un'opera, d'un fenomeno qualunque; *auctoritas* è il sostantivo metafisico, tratto per astrazione da questa prima idea: come chi direbbe, la condizione, la potenza d'essere autore, cagione d'incremento, di produzione, di determinazione.

Vico, che, malgrado l' assertiva di Dione Cassio di non esservi in greco vocabolo corrispondente (6), fa derivare *auctoritas* da Αὐτὸς (egli, ei, ei stesso), scorge in esso la facoltà di conoscere, di volere, di potere, inerente a ciascuno di noi; la proprietà essenziale alla natura umana (7). Ed invero l'uomo soltanto quaggiù, per l' elemento intellettuale ed indipendente che ha sortito, porta seco il potere di essere causa prima vera causa efficiente: le altre ad onta delle apparenze, non sono che cagioni secondarie, passive, dipendenti da una causa più remota.

---

(1) *Gai, 3, §. 109.— Ist. di Giustin. 3, 19 § 10.*

(2) *Ivi.*

(3) « *Impubes licet sui juris sit, facere testamentum non potest, quia nondum* plenum judicium animi habet » *Ulp. Reg. 20 § 12.*

(4) *Dig. 29. 2.* De acquir hered. *9. fr. Paul.— 44. 7.* De oblig. et action. *1. § 13, f. Gai. — 45. 1.* De verb, oblig, *141, §. 2, fr. Gai. — 46. 6,* Rem pup. salv. fore *6. fr. Gai.* In fine *Gai, 3, § 109.*

(5) *Pupillus nec velle, nec nolle in ea aetate, nisi adposita tutoris auctoritate, creditur; nam quod* animi judicio *fit, in eo tutoris auctoritas necessaria est* » D. 50,17, *De reg. jur.* 189, fr. Cels.

(6) *Dion. Cass. lib. 45.*

(7) « Auctoritas igitur... est *ipsum cujusque nosse, vel posse;....* et definiri potest, *nostra humanae naturae proprietas* » Vico *de uno universi juris principio*, n. 89 e seg.; Egli vi ritorna nuovamente ne' suoi *Principii di una scienza nuova* lib. 2°. Questa etimologia greca è sostenuta ancora da parecchi altri filologi.

Derivate da questa idea madre, e ripiegate ai bisogni dello spirito, le parole *auctor*, *auctoritas* han ricevuto nel linguaggio ordinario, in quello della letteratura, del diritto, e delle scienze una moltiplicità di usi diversi, più o meno lontani dalla origine comune, ma che vi si ponno sempre collegare. Sin da' tempi più remoti siffatte voci figurano come dizioni tecniche nel vecchio diritto romano: *auctor* era il venditore da cui si riceveva un cosa, *auctoritas*, il fatto d'essere *auctor*, la garentia dovuta dall'*auctor* contro ogni evizione, l'azione per reclamare tal garentia, lo stesso diritto di proprietà trasferito dall' *auctor* (1); *auctor secundus*, era il fidejussore che aggiungendo la sua autorità a quella del venditore, rispondeva per lui (2); *auctor* era colui che promettendo, o rispondendo ad una obbligazione solenne, creava in tal guisa una obbligazione, un diritto (3), era anche la persona a cui si era succeduto, causa prima de' diritti, e de' pesi inerenti alla sua successione (4); *auctoritas* era la garentia, la responsabilità di colui che avea permessa o ordinata qualche cosa, e ne era stata la causa efficiente o determinante (5). I senatori che votavano in senato per una proposta erano *auctores* (6); la proposta emanata dal senato, e destinata ad esser presentata ai comizii, o a divenir senato-consulto coll' adempimento delle formalità volute, ovvero rimasta semplice decisione del senato per mancanza di siffatti adempimenti, si chiamò *senatus auctoritas* (7); il magistrato investito d'un potere d' azione, di decisione, di comando, ovvero questo stesso potere fu detto *auctoritas* (8).

Le seguenti frasi, *auctor fieri*, *auctoritatem praestare*, sin dal tempo delle dodici tavole (9) sono state adoperate per dinotare l'azione del tutore che interveniva negli atti da doversi fare dal pupillo, unendosi alla di lui persona per compimento, (*personae, non rei vel causae datur*), e agendo con lui, *auctor*, vale a dire come causa determinante, ed efficiente dell' atto in quistione. È chiaro che *auctoritas* non esprime una semplice autorizzazione, come oggidì noi intendiamo, e molto meno una ratificazione, ma un concorso una partecipazione, attiva del tutore nell' atto (*in ipso negotio*) (10), un potere generatore: «*auctorne fis?*» è la dimanda; ed ei risponde «*Auctor fio*».

Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria; ut ecce: si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas; quod si aliis pupilli promittant, necessaria est tutoris auctoritas. Namque placuit meliorem quidem suam conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter, quam tutoris auctoritate. Unde, in his causis, ex quibus obligationes mutuae nascuntur, ut in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur.

---

(1) « *Quaero, an pila, quae ab* auctore *domui conjuncta erat, ad emptorem quoque jure emptionis pertineat*» (Dig. 19, 1, 52. fr. Scaev:)—«*Venditor, si ejus rei quam vendiderit dominus non sit, pretio accepto*, auctoritati *manebit obnoxius*» (Paul. sent. 2, 17, § 1). « Auctoritas, *id est actio pro evictione* » (Dig. 21, 2, 76, fr. Venulej). — « *Usus* auctoritas *fundi biennium est, sit etiam aedium* » (Cicer. Top. 4, 23) « *Adversus hostem aeterna* auctoritas» (Termine delle XII tavole. Cicer. de off. 1, 12 — « *Quod subreptum erit, ejus rei aeterna* auctoritas *esto*» (Termini della legge Atinia: Aul. Gel. Not. Attic. 17, 7). — « *Locum purum pignori creditori obligavit, eique instrumentum emptionis tradidit; et cum eum locum inaedificare vellet, mota sibi controversia a vicino de latitudine.... petit a creditore, ut instrumentum se traditum* auctoritatis *exhiberet*» (Dig. 13, 7, 43, pr. Scaevol.).

(2) « *An is qui mancipium vendidit, debeat fidejussorem ob evictionem dare, quem vulgo* auctorem secundum *vocant*? (Dig. 21, 2, 4 pr. f. Ulp.).

(3) « *Non si mihi Jupiter auctor*
« *Spondeat* ». (Virgil. Aen. 5, 17).

E nella interrogazione fatta innanzi ne' comizii a colui che si trattava di adottare. « . . . *Te esse interrogatum*, auctor *ne esses, ut in te P. Fontejus vitae necisque potestatem haberet, ut in filio* ». (Cicer. pro domo, 29).

(4) « *Bona quae, cum moreretur* auctor *tuus, ejus fuerunt, solemniter petes* ». (Cod. Hermogen. tit. 12, de successionibus).

(5) Agorast. « *Suspende, vinci, verbera auctor (sum, sino.*
Milph. « *Si* auctoritatem *postea defugeris. Ubi dissolutum tu sies, ego pen- (deam...*
(Plaut Poenulus. 1, 1, 17).
Cherea. « *Jubeo, cogo, atque impero: Nunquam defugiam auctoritatem* »
(Teren. Eunuchus 2, 4, in fin.)

(6) « *Ut legum, quae comitiis centuriatis ferrentur, ante initium suffragium patres auctores fierent*» (Tit. Liv. 8, 12). . . .

(7) « *Tribuni plebis ex auctoritate senatus ad populum tulerunt, ut....* » ec. (Tit. Liv. 26, 21; e 42, 21).—« *Si quis intercedat senatusconsulto*, auctoritate *se fore contentum* » (Tit. Liv. 4, 57).

(8) « *Satelites, lictoresque assidui custodes auctoritatis* » (Plin. 11, 17, 17).—« *Auctoritas censoria* ». (Cicer. pro Cluent. 49).

(9) *Gai*, 2, § 47.

(10) *Dig. 26, 8, 9*, § 5, *fr. Gai.—Inst. h. t.* § 2.

L'autorizzazione de' tutori è necessaria a' pupilli in certi casi, in certi altri non è necessaria; così se essi stipulano che sia data loro qualche cosa, non è necessaria; è necessaria se promettono obbligandosi ad altri; poichè piace che sia loro lecito migliorar la propria condizione senz' autorizzazione del tutore, ma peggiorarla no. Laonde in quei casi, per i quali nascono obbligazioni dall' una parte, e dall' altra, come nel comprare e nel vendere, nel dare o torre in affitto, nei mandati, e ne' depositi, se non v'interviene l'autorizzazione del tutore, quelli che contraggono con essoloro si obbligano, ma i pupilli non si *obbligano*.

Queste diverse frasi, che gl'impuberi possono senza l' autorizzazione del tutore migliorare la loro condizione, ma non peggiorarla; obbligare gli altri verso di loro, ma non obbligarsi essi verso gli altri (1); stipulare ma non promettere, non sono de'sinonimi, ma esprimono delle regole, che sono la conseguenza l'una dell'altra. La prima è la più generale: i pupilli possono senza l' autorizzazione del tutore migliorare la loro condizione; in fatti gli atti di tal natura non richieggono altro che l'intelligenza di ciò che si fa (*aliquem intellectum*); ma non peggiorarla, in fatti allora si richiede un giudizio (*animi judicium*) per ponderare se la perdita è compensata da un benefizio sufficiente. Questo è il principio fondamentale. Le altre ne sono una conseguenza, siccome dal nostro testo medesimo apparisce. Così i pupilli posson ricevere un oggetto, che loro si dà, accettare la liberazione d' un debito, perchè ciò evidentemente rende migliore la loro condizione, e per la validità di tali atti basta che abbiano l'intelligenza di ciò che fanno, ma non possono alienare ciò che loro appartiene, liberare un debitore, pagare un creditore, perchè con ciò si peggiora la loro condizione, e vi sarebbe mestieri d'un giudidizio per contrappesare la perdita, che questi atti fan loro soffrire col beneficio, che possono ad esso loro procurare. Di qui discende anche la seconda regola, essi possono obbligare gli altri verso di se; perciocchè colui, che impone ad alcuno l'obbligazione di dare, di fare, o non fare qualche cosa, evidentemente migliora la sua condizione, e gli basta, per la validità dell' atto, che comprenda ciò che fa, ma non possono obbligarsi verso gli altri; perciocchè quegli che assume verso qualcuno l' obbligazione di dare, di fare o non fare, viene a deteriorare la propria condizione, ed anche quando la sua obbligazione fosse il prezzo d'un vantaggio, che gli si è procurato, sarebbe necessario un giudizio per contrappesare la perdita col vantaggio. Di qui discende pure la terza regola: essi possono stipulare, perchè questo non è altro che un modo speciale di obbligar gli altri verso di sè; ma non posson promettere, perchè questo è un modo speciale di obbligarsi.

Non obligantur. I contratti qui indicati si decompongono in due atti: da un lato, atto dell'una delle parti che si obbliga verso il pupillo; dall'altro, atto del pupillo, che si obbliga verso l'altra parte. Il pupillo nel primo atto figura come una persona, verso la quale si contrae un obbligo, e che rende perciò migliore la sua condizione; per fare la sua parte gli basta di comprendere ciò che fa (*aliquem intellectum*); questo atto dunque è valido. Nel secondo il pupillo figura come persona, che vuole obbligarsi, e peggiorare la sua condizione, la quale cosa richiederebbe un giudizio (*animi judicium*) per ponderare l'obbligo ch'egli assume, e contrappesarlo con quello che si è assunto verso di lui, e di questo giudizio egli è incapace; egli dunque è riputato non avere alcuna volontà nè prò nè contra questo atto, e la sua promessa è nulla. Non si vuol però credere che il pupillo non sia soggetto a veruna obbligazione. Si segue a suo riguardo questa regola, che niuno dee arricchirsi a spese altrui: « *Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento, et injuria fieri locupletiorem* » (2). In conseguenza se egli ritrae alcun profitto, rimane obbligato sino alla concorrenza di questo profitto (*in quantum locupletior factus est.*) (3). Se dunque egli ha venduto qualche oggetto, non sarà obbligato di consegnarlo, e se l' ha consegnato, il suo tutore potrà ricuperarlo per rivendicazione; ma s'egli n'ha ricevuto il prezzo, dovrà ristituire tutto il danaro, che non ha perduto o dissipato, quello cioè, che è tornato in suo prò; similmente se il pupillo ha ricevuto un mandato, un deposito, non può esser tenuto per aver malamente adempiuta la commissione, mal custodito il deposito, o perduto le cose appartenenti al mandante, ma egli dee rendere tutto ciò che ha conservato, e che non potrebbe ritener senza arricchirsi a spese altrui. In quanto a coloro che han contrattato col pupillo, essi sono interamente obbligati; se costoro han comprato, venduto, data una commissione o confidato un depo-

(1) *Inst. 3, 19, §. 9.*
(2) *D. 26, 8, 5, §. 1, f. Ulp.*
(3) *D. 50, 17, 206, f. Pomp.*

sito, il tutore può costringerli a pagare il prezzo convenuto, a consegnare la cosa venduta, a fare indenne il pupillo di ciò che ha speso per la commissione, o pel deposito.

1. ***Neque tamen hereditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hereditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate, quamvis illis lucrosa sit, neque ullum damnum habeant.***

1. Nondimeno non possono altrimenti accettar eredità nè chieder possesso di beni, nè ricever eredità per fedecommesso, se non con autorità del tutore, quantunque l'eredità apporti guadagno, ed essi non ricevano danno alcuno.

L'eredità è la successione deferita per diritto civile, *hereditatem adire* significa accettare l'eredità (*ire ad hereditatem*). La possessione de'beni è un diritto conceduto dal pretore sopra un'eredità; è in certa guisa una successione pretoria. (*Hist. du droit* p. 249). L'eredità fedecommessaria è quella che si riceve da una persona interposta, che il testatore ha incaricato di trasmetterla (*Hist. du droit* n. 69). Il pupillo non può acquistare alcuna di queste successioni senza l'autorità del tutore, perchè il suo acquisto l'obbligherebbe a pagare i debiti del defunto (1): ed egli non può obbligarsi da se solo. Questa è la ragione semplicissima, che deriva dal principio fondamentale, e che Ulpiano espressamente ne dà in questi termini: « *More nostrae civitatis, neque pupillus, neque pupilla, sine tutoris auctoritate obligari possunt: hereditas autem quia obliget nos aeri alieno, etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est* » (2). Non pertanto non avveniva per l'eredità come per gli altri contratti, de' quali abbiam parlato nel paragrafo precedente; vi erano due notabili differenze, che non ci possiam passare di far notare. 1.° L'adizione di eredità era tra quegli atti, che non si potevan fare per procuratori (3); e ciò per un motivo semplicissimo: quello cioè che il procuratore in diritto romano faceva gli atti di cui era incaricato, non già in nome del mandante ma in nome proprio; salvo a riferirne in seguito il risultamento al mandante. Ora si comprende che egli potea comprare vendere locare; ma come avrebbe potuto accettare nel proprio nome una eredità cui era straniero? La persona chiamata all'eredità avea solo la qualità di farne l'adizione. Per ciò il tutore non poteva compiere un tal atto solo e senza l'intervento del pupillo. Da siffatto principio discendeva la conclusione rigorosa, che finchè il pupillo era *infans* gli era impossibile di acquistare una successione, perciocchè non potendo profferire alcuna parola, non poteva manifestar la sua intenzione; poichè non avendo intelligenza alcuna delle cose serie, non poteva con cognizione di causa fare atto di erede; e d'altra parte il tutore non poteva ciò fare senza di lui. Nondimeno Teodosio e Valentiniano in una costituzione diedero in tal caso al tutore la facoltà d'accettare in nome del pupillo (4). Ma da che il pupillo non era più *infans* vale a dire dal momento che poteva parlare, si ritornava alla regola ordinaria, cioè l'adizione non poteva esser fatta altrimenti che da lui stesso con l'autorità del tutore, e per questo caso la giurisprudenza non esitò a dargli il diritto di operare tuttochè fosse ancora vicino all'infanzia: « *Pupillus si fari possit, licet hujus aetatis sit ut causam adquirendae hereditatis non intelligat... tamen cum tutoris auctoritate hereditatem adquirere potest; hoc enim favorabiliter ei praestatur* (5). 2.° La seconda differenza consiste in ciò che se il pupillo accetta senza l'autorità del tutore, la sua accezione è radicalmente nulla, talchè non è reputata valida neppur nell'interesse del pupillo, quando l'eredità è vantaggiosa e non presenta alcuna specie di perdita. Questa disposizione particolare all'eredità, può a prima giunta sembrare in opposizione con ciò che avviene ne'contratti fatti dal pupillo; e non pertanto essa è perfettamente in armonia, e discende da' medesimi principî. In fatti se i contratti, come la vendita, l'affitto etc. son validi nell'interesse del pupillo, ciò avviene perchè oltre la volontà di costui, sono essi anche il risultamento della volontà d'un'altra persona, e si compongono di due atti: l'uno, pel quale basta al pupillo d'avere *aliquem intellectum*, e quest'atto è valido; l'altro pel quale si richiederebbe nel pupillo l'*animi judicium*, e quest'atto è nullo (p. 175). Ma nell'accettazione d'eredità non vi ha che un solo atto, il quale è il risultamento della sola volontà, della sola scelta dell'erede. Per questa scelta non basta solo compren-

(1) Benchè vi sia differenza tra l'uno e l'altro caso nella natura, e nell'origine storica di quest'obbligazione ai debiti. V. *Inst.* 2, 22, §§ 3. 4, *e seg.*

(2) *D.* 29, 2, 8, *f. Ulp.* (3) *Ivi* 90, *f. Paul.*

(4) *C.* 6, 30, 18, § 2.—*Ivi c.* 5.

(5) *D.* 29, 2, 9, *f. Paul.*

dere ciò che si fa, ma si richiede eziandio un giudizio per contrappesare i vantaggi ed i pesi dell'eredità. Or il pupillo essendo incapace di questo giudizio, quando non operi con l'autorità del tutore, è riputato non avere alcuna volontà nè prò nè contra l'accettazione (p. 176), e giacchè quest'atto risiede interamente nella sua volontà, la conseguenza rigorosa è che l'atto debba esser totalmente nullo.

II. ***Tutor autem statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus vero, vel per epistolam interposita auctoritas nihil agit.***

2. Il tutore presente al negozio debbe subito dare la sua approvazione, s' egli giudicherà che debba giovare al pupillo. Ma data dopo un tempo o per lettera o per nunzio è nulla.

Noi abbiamo già detto che l'incapacità del pupillo lo avea fatto considerare come inabile ad operar da se solo negli atti che richiedono non solamente intelligenza, ma eziandio giudizio; ch' egli avea per questi atti una persona in certa guisa imperfetta, la quale avea mestieri d'essere aumentata e compiuta, la qual cosa faceva il tutore interponendo la sua *auctoritas*. Da ciò seguita, che questo aumentamento (*auctoritas*) non poteva essere che una partecipazione attiva del tutore nell'atto, e non già un'approvazione data anticipatamente, molto meno una ratificazione sopravvenuta di poi. Il tutore era parte nel contratto, egli dichiarava intervenire come *auctor* nel tempo in cui non si procedeva che per formole; e faceva questa dichiarazione sull'interrogazione che ordinariamente gli si dirigeva (*auctorne fis? — auctor fio*), in seguito ha ritenuto che anche senza essere interrogato, la sua assistenza nell'atto e la sua dichiarazione di approvazione valeano *auctoritas* (1). Egli non poteva metter condizione alla sua autorizzazione, la quale dovea esser pura, e semplice (2). I tutori onorarî non avendo l'amministrazione degli affari, non potevano validamente autorizzare (3), salvochè non si trattasse dell'accettazione d'una eredità (4), perchè bastava in questo atto di valutare l'eredità in se stessa, il che non richiedeva la conoscenza degli altri affari del pupillo.

III. ***Si inter tutorem pupillumque judicium agendum sit, quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest, non praetorius tutor, ut olim, constituitur; sed curator in locum ejus datur, quo interveniente, judicium peragitur, et eo peracto, curator esse desinit.***

3. Ma se dovrà farsi lite tra il tutore ed il pupillo, non potendo esso tutore interporre la sua autorità nella propria causa, non s' ordina un tutore pretorio, come già si soleva, ma si dà in suo cambio un curatore, intervenendo il quale, si tratti la causa, e trattata, egli si resta d'esser più curatore.

Si dee notare questa massima: *Tutor in rem suam auctor esse non potest*. Infatti il tutore non può in niuno affare, in niun atto tra lui ed il pupillo intervenire figurando come l'una e l'altra parte in un tempo medesimo; trattando da un lato per se stesso contro il pupillo, e dall'altro pel pupillo contra se medesimo. Una volta il pupillo non poteva da altri esser rappresentato in giudizio, che da un tutore (5); dal che seguitava che se sorgeva lite tra il pupillo, ed il suo tutore, si dovea necessariamente per questo litigio dargli un altro tutore. Ed in fatti così si costumava, ed il tutore, che si dava in tal caso, chiamavasi *tutor praetorius*, *tutor praetorianus*, perchè era nominato dal pretore della città (6). Ed in ciò facevasi eccezione alla regola, per la quale non si potevano dar tutori per un affare speciale. Dopo l'abolizione delle azioni della legge (*Hist. du droit* num.° 47), questa formalità divenne meno necessaria, perchè nella più parte de'casi si potè agire per procuratore (7), e sotto Giustiniano divenne al tutto inutile; perciocchè la procedura erasi da gran tempo renduta semplice e piana. Ecco perchè a questo rappresentante del pupillo si dà quì il titolo di curatore, e non di tutore; la qual modificazione cagionerà qualche differenza nelle azioni, il cui scopo sarà quello di fargli render conto.

TITULUS XXII.

QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

TITOLO XXII.

PER QUALI MODI FINISCE LA TUTELA.

Alcune volte la tutela finisce nella persona del pupillo, ed allora cessando anche

(1) *D. 26, 8, 3, f. Paul.*
(2) *Ivi 8, f. Ulp.* (3) *Ivi 4, f. Pomp.*
(4) *D. 29, 2, 49, f. Afric.*
(5) *Gai. 4, §. 82. — Inst. 4, 10. p.*
(6) *Gai. 1, §. 184. — Ulp. Reg. 11, §. 24.*
(7) *Gai. ivi.*

pel tutore, finisce interamente; alcune volte cessa pel solo tutore, il quale trovasi surrogato da un altro, ed allora per rispetto al pupillo, che continua a rimanere in tutela, vi ha cangiamento di tutore, ma non fine della tutela.

Pupilli, pupillaeque, cum puberes esse coeperint tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis aestimari volebant. Nostra autem majestas dignum esse castitate nostrorum temporum, bene putavit, quod in feminis etiam antiquis impudicum esse visum est, idest inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere. Et ideo, sancta constitutione promulgata, pubertatem in masculis post decimum quartum annum completum illico initium accipere disposuimus; antiquitatis normam in feminis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viri potentes esse credantur.

I pupilli, e le pupille, quando cominciano ad esser puberi si liberano dalla tutela. Volevano gli antichi che la pubertà ne'maschi si giudicasse non solamente dagli anni, ma eziandio dall' abitudine del corpo. Ma la nostra Maestà ottimamente ha pensato esser degno della castità de'nostri tempi, che quello che è paruto agli antichi esser inonesto nelle femmine, cioè considerar l' abitudine del loro corpo, il medesimo s'intenda anche de'maschi. E però per nostra santa costituzione, abbiamo ordinato, che la pubertà ne' maschi abbia subito il suo principio dopo i quattordici anni finiti, lasciando nel suo ordine la regola ben posta dagli antichi quanto alle persone delle femmine, cioè che dopo i dodici anni compiuti s'intenda che siano sufficienti a ricevere l' uomo.

L'uomo pubere è quegli che può generare (*qui generare potest*) (1): la donna pubere, o nubile, quella che può concepire (*viripotens*). Adunque la pubertà, pei due sessi è lo stato in cui si posson congiugnero l'uno all'altro. Questo stato dipende dallo sviluppo fisico del corpo, e giugne più presto per le donne che non pei maschi. Generalmente, nel luogo medesimo comincia presso a poco alla medesima età per tutte le persone del medesimo sesso, non pertanto può esser precoce in uno che in un altro; ma la natura l'indica a ciascuna persona, e l'esterno del corpo stesso lo fa conoscere: e questo è l'indizio più naturale. La legge civile dovea necessariamente far dipendere dalla pubertà la capacità di maritarsi, e ciò avea fatto, come di già abbiam veduto (p. 122). Ma essa ne fece anche dipendere pe' maschi: 1.° la capacità di governar se medesimi e i loro beni, e per conseguente il termine della tutela; 2.° la capacità di far testamento (2). Diciamo pei maschi, perchè le donne erano anticamente soggette ad una tutela perpetua; la quale non pertanto andò a poco a poco in disuso, e le donne allora acquistarono alla loro pubertà gli stessi diritti de' maschi. Quando al tempo della pubertà, il diritto civile lo avea stabilito a dodici anni finiti per le donne, lasciando pei maschi l'indizio naturale, l'esteriore del corpo. Sotto l' Impero i giureconsulti Proculeiani della scuola di Labeone e di Proculo (*Hist. du droit* n. 67) pensarono che era mestieri stabilire per gli uomini, com' erasi fatto per le donne, un' età fissa, nella quale sarebber reputati puberi, l'età di quattordici anni; i Cassiani discepoli di Capitone e di Cassio, per contrario, si ostinarono a voler conservare il diritto antico (3). Pare che per quanto s'appartiene alla capacità di far testamento generalmente si consentì di adottare il termine fisso di quattordici anni (4); ma sugli altri punti le opinioni continuarono ad esser discordi, in fino a che Giustiniano per la costituzione qui citata non ebbe posto fine alla controversia (5). In conseguenza sotto questo imperadore i maschi a quattordici anni, le femmine a dodici son capaci di maritarsi, son liberati dalla tutela, e possono far testamento.

1. *Item finitur tutela, si adrogati sint adhuc impuberes, vel deportati, item si in servitutem pupillus redigatur, vel si ab hostibus captus fuerit.*

1. Similmente la tutela finisce se gl' impuberi saranno arrogati, o deportati, similmente se il pupillo sarà ridotto in servitù, o preso dagl' inimici.

Questi casi comprendono le tre diminuzioni di capo del pupillo: siccome ei cessa d'esser libero, o cittadino, o padrone di se, così non può più aver tutore. Ma un impubere poteva egli esser deportato o fatto schiavo? Sì. Quegli ch'era *proximus pubertati* poteva esser condannato avendo operato con discernimento, e con conoscenza del suo delitto (*doli capax*) (6). Poteva esser fatto schiavo, non per essersi lasciato vendere, pena inflitta solamente al maggiore di venti anni, ma per essere stato ingrato verso il suo padrone.

(1) *Gai. 1, §. 196. — Ulp. Reg. 11, §. 28.*
(2) *Ulp. Reg. 20, §§. 12, e 15.*
(3) *Gai. 1, §. 196. — Ulp. Reg 11, §. 28.*
(4) *Gai. 2, §. 113.*
(5) *C. 5, 60, 3.*
(6) *Cod. 9, 47, De poenis 7, const. Alex. Sever.* relativa al vero diritto criminale.—*D. 50, 17, 111, fr. Gai.* speciale alle azioni penali private.

II. *Sed et si usque ad certam conditionem datus sit in testamento, aeque evenit, ut desinat esse tutor existente conditione.*

2. E se il tutore sarà dato nel testamento fino all'adempimento di una condizione, egli parimente cessa di esser tutore, quando la condizione è adempiuta.

Se la tutela testamentaria fosse data *sub conditione* e non *ad conditionem*, l'adempimento della condizione, in cambio di far cessare la tutela testamentaria, la farebbe cominciare; ma essa porrebbe fine alla tutela deferita dal magistrato.

III. *Simili modo finitur tutela morte vel pupillorum, vel tutorum.*

3. Similmente la tutela finisce per morte de' pupilli, o de' tutori.

IV. *Sed et capitis deminutione tutoris, per quam libertas, vel civitas amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se in adoptionem dederit*, legitima tantum *tutela perit, ceterae non pereunt. Sed pupilli et pupillae capitis deminutio*, licet minima sit, *omnes tutelas tollit.*

4. Ed ogni tutela finisce per quella diminuzione di capo del tutore, per la quale egli perde la libertà, e la città. Ma per la piccola diminuzione, come se si desse in adozione, perisce solamente la *tutela legittima*, le altre no. Ma la diminuzione di capo del pupillo, e della pupilla *quantunque minima* leva via tutte le tutele.

Legitima tantum. Perchè la tutela legittima essendo la sola che va annessa ai diritti di famiglia, debb' esser pure la sola che finisca per la perdita di così fatti diritti.

Licet minima. Perchè il pupillo cessa d'esser *sui juris*, e passa in potestà dell' arrogante.

V. *Praeterea qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo, deponunt tutelam.*

5. Oltre a questo i tutori che son dati nel testamento fino a un certo tempo, finito quel tempo, depongono la tutela.

Applicate qui ciò che abbiam detto al §. 2.

VI. *Desinunt etiam tutores esse qui vel removentur a tutela ob id quod suspecti visi sunt, vel qui ex justa causa sese excusant, et onus administrandae tutelae deponunt, secundum ea quae, inferius proponemus.*

6. Cessano d' esser tutori quegli che o sono rimossi dalla tutela perchè sembrarono sospetti, o per giusta cagione si scusano, e depongono il carico d'amministrar la tutela, secondo quel che noi proporremo più innanzi.

Della tutela delle donne.

Le Istituzioni non fanno neppure un cenno di questa parte della primitiva legislazione di Roma; essa ci era ignota ne' suoi particolari, ma la scoverta delle Istituta di Gaio ha fatto cessare in parte la nostra ignoranza. Io mancherei al disegno di quest' opera, se trasandassi di spiegare nel lor complesso le idee al tutto nuove, che su questa materia abbiamo acquistate.

Gli antichi romani avean voluto che le donne, a cagione della debolezza del lor sesso, o piuttosto per risultamento della costituzion politica della famiglia, e de' diritti di agnazione, fosser soggette ad una tutela perpetua. Di ciò in parecchi autori, come Ulpiano, Tito Livio (1), troviam fatta menzione, ed anche Gaio espressamente dice in questi termini: « *Veteres voluerunt feminas, etiam si perfectae aetatis sint propter animi levitatem in tutela esse* » (2).

La loro tutela non altrimenti che quella degl'impuberi poteva aver luogo sol quando erano *sui juris*: perciocchè la donna che si trovava in potere d'un padrone, o d' un padre di famiglia (*in potestate*), in potere d'un marito (*in manu*), o soggetta al *mancipium* (*mancipium*), avea per difensore colui al quale ella apparteneva. Il tutore nominavasi alle donne, come agl' impuberi o nel testamento o dalla legge, o dal magistrato.

Un tutore testamentario poteva darsi dal capo di famiglia alle sue figliuole, o nipoti; dal marito alla moglie che avea in *manu*, come ad una figliuola; dal suocero alla moglie posta in *manu filii*, come ad una nipote (3), purchè in tutti questi casi la donna, cui si dava il tutore, dovesse alla morte del testatore trovarsi *sui juris*. Quanto alla nomina fatta dal marito vi avea ciò di particolare, che il marito poteva dare alla moglie la scelta (*tutoris optio*), cioè il diritto di scegliersi ella medesima il tutore: *Titiae uxori meae tutoris optionem do* (4). Il tutore scelto dalla moglie dicevasi *optivus* per contrapposto di *dativus*, come appellavasi

(1) *Et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam. Ulp. Reg. 11. 1, — Tit. Liv. 32. 2, — Cic. Pro. Mur. 12, 27.*

(2) *Gai. 1*, §. *144*. (3) *Gai. 1*, §§. *144, e 148.*

(4) *Gai. 1*, §. *150*. Quest' *optio* appartiene al diritto primitivo, giacchè Tito Livio vi fa allusione raccontando un fatto avvenuto nell'anno 557 di Roma (Tit. Liv. 39, 19).

quegli che nominatamente si dava nel testamento (1).

In difetto di tutori testamentarî venivano i tutori dati dalla legge. Come quelli degli impuberi, essi eran detti propriamente parlando tutori legittimi quando provenivano dalle Dodici Tavole direttamente, o per conseguenza, nel caso contrario fiduciarî. I tutori legittimi erano per le ingenue gli agnati (2), per le libertine il padrone, e dopo lui i suoi figliuoli. E si vuol notare che benchè i figliuoli del padrone fossero impuberi, non restavano perciò d'esser tutori della libertina, tanto è vero che la tutela era per essi un diritto di padronato, di cui non potevano esser privati, ma essi non potevano autorizzarla in cosa niuna (3). I tutori fiduciarî eran coloro, che avendo ricevuto una donna *in mancipio*, francandola, ne prendeano ad esempio dei padroni la tutela (4). Tra costoro si sarebbe dovuto annoverare l'ascendente emancipante, che col mezzo di una *mancipazione*, e d'una *remancipazione* avea acquistata la sua figliuola *in mancipio* e di poi l'avea francata; ma questi per riverenza si avea in luogo di legittimo tutore (5). Nella tutela legittima delle donne v'era questo di particolare, che gli agnati, il padrone, o i suoi figliuoli poteano discaricarsi di questa tutela perpetua cedendola ad un altro, mentre la tutela dei pupilli maschi non poteva cedersi mai, perchè essa era meno onerosa, avendo per termine fisso la pubertà. Cosiffatta cessione si faceva innanzi al magistrato (*in jure cessio*): il nuovo tutore dicevasi cessionario (*cessicius tutor*). Egli teneva il luogo del cedente, per la qual cosa alla morte di costui restava dalle sue funzioni; ovvero s'egli moriva prima del cedente, questi riprendeva la tutela (6). Ai tutori fiduciarii era egli dato il diritto di cessione? Gaio ne accenna siffatta quistione siccome controversa, ed aggiugne che, se si decidesse non competere a costoro tal privilegio, siffatta decisione non si dovrebbe almeno applicare all'ascendente emancipatore, perchè questi si dee riguardare come legittimo, e dee avere gli stessi diritti, che son dati al padrone (7).

Quando le donne non aveano niun tutore nè testamentario, nè legittimo, nè fiduciario, esse non altrimenti che gl'impuberi poteano in vigor della legge Atilia richiederne uno a' magistrati (8). Il passo, nel quale Tito Livio fa allusione alla legge Atilia, e che noi abbiam citato al tit. XX è anche relativo ad una schiava fatta libera, che vivea nell'anno 557 di Roma, e che alla morte del suo padrone erasi trovata senza tutore.

La tutela delle donne era perpetua. Per esse vi avea cambiamento di tutore, ma non fine della tutela. Una sola eccezione vi era per le vestali, cui la dignità del sacerdozio, e la potenza della Dea rendea libere da qualsivoglia autorità (9). Quando le donne perdevano la libertà, o la città; o ancora quando divenivano *alieni juris*, per esempio maritandosi in maniera da passare in *manu*, la loro tutela dovea necessariamente aver fine, perchè eran divenute schiave, straniere, o proprietà d'altrui.

Cosiffatto era il diritto primitivo. La tutela sulle donne cominciò a rallentarsi anche sotto la Repubblica. In fatti tutti i tutori, salvo i legittimi, perderono il lor potere; le donne trattavan da se i loro affari, i tutori solo in alcuni casi e per sola forma (*dicis causa*) interponevano la loro autorità, talchè vi poteano esser costretti dal pretore (10). E però dice Cicerone in una delle sue orazioni: « I nostri antichi vollero che tutte le donne fossero sotto il poter de' tutori; i giureconsulti inventarono delle specie di tutori che si trovaron essi sotto al poter delle donne (11) ». I tutori legittimi, cioè gli agnati, i padroni, e gli ascendenti emancipatori furono i soli che conservarono una tutela reale, come un diritto di cui non potevano esser privati; ed in taluni atti importanti per la conservazione dei beni della donna (12), questa non potea far nulla senza la loro autorità; tanto più che, essendo essi membri della famiglia, ed eredi presun-

---

(1) *Vocantur autem hi qui nominatim testamento tutores dantur dativi; qui ex optione sumuntur, optivi.*—*Gai. 1, §. 154, — Ulp. Reg. 11, §. 14.*—Questo spiega ciò che abbiam detto al tit. III.

(2) *Gai. 1, §. 157.*

(3) *Gai. 1, §§. 178, 179, e 180. — Ulp. Reg. 11, §§. 20, e 22.*

(4) *Gai. 1. 166. — Ulp. Reg. 11, 5.*

(5) *Gai 1, §. 172 e 175.*

(6) *Gai. 1, §§. 168, 169, e 170.—Ulp. Reg. 11, 7.*

(7) *Gai. 1, §. 172.* Ciò ne dimostra che secondo lo stretto diritto, quest' ascendente non sarebbe stato realmente un tutore legittimo.

(8) *Gai. 1, §§. 185, e 195. Ulp. Reg. 11, §. 18.*

(9) *Gai. 1, §. 145.*

(10) *Gai. 1, §. 190.*

(11) *Mulieres omnes propter infirmitatem consilii majores in tutorum potestate esse voluerunt: hi invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur.* Cic. *pro Mur. C. XII, 27.*

(12) *Ulp. Reg. 11, §. 27.*

tivi, erano personalmente interessati a siffatta conservazione (1).

Quindi le donne si studiaron di eludere queste tutele legittime; e ne trovarono il modo nelle leggi medesime. Col consentimento del suo legittimo tutore la donna lasciavasi vendere fintamente ad un terzo (*coemptionem facere*); questi la francava, ovvero la rivendeva al primo tutore; o a chiunque altro, che parimente la francava, ed allora liberata dal suo tutore legittimo, i cui diritti erano svaniti per la vendita, ella non trovavasi più soggetta che all'impotente autorità d'un tutore fiduciario, cioè di quello che l'avea francata (2).

La prima legge, dalla quale noi sappiamo esser stata direttamente scossa la tutela delle donne è la famosa legge *Papia Poppea*, nella quale Augusto sempre nel fine di propagare il numero de' cittadini, e di ricompensare la fecondità, stabilì che le donne ingenue, quando avesser tre figliuoli, sarebber liberate anche dalla tutela legittima, e le libertine dalle altre tutele soltanto. Da quel tempo poterono esservi donne al tutto indipendenti da qualsivoglia autorità.

Più tardi sotto l'imperadore Claudio, anno 798 di Roma fu promulgata la legge Claudia, che abolendo del tutto la tutela degli agnati sulle donne, ridusse le tutele legittime e reali a quelle sole degli ascendenti, e de' padroni (3).

Questa è la legislazione che si manteneva in vigore anche al tempo di Gaio, e però quest'autore ne' suoi comentarî facendo alcune riflessioni sulle tutele, dice che quella degl' impuberi è conforme alla ragione naturale; ma quella delle donne non è fondata sopra verun valido argomento; perciocchè la ragione che se ne allega, cioè che elleno posson per leggerezza di spirito lasciarsi sorprendere, a lui pare più speciosa, che giusta, tanto più che le donne trattano da se stesse gli affari, ed i tutori v'intervengon solo per la forma (4). Sotto Settimo Severo al tempo d'Ulpiano, questo diritto mantenevasi ancora (5), ma dipoi cadendo successivamente in disuso venne ad estinguersi, probabilmente senza che alcuna legge speciale formalmente lo avesse abrogato; perciocchè a noi non è rimasta alcuna traccia di leggi che abbiano avuto questo scopo (6).

TITULUS XXIII. DE CURATORIBUS

TITOLO XXIII. DE' CURATORI.

Quando una causa generale, come la debolezza dell'età ne' fanciulli, quella del sesso nelle donne, non consentiva che alcune persone avessero il libero esercizio de' loro diritti, si nominava loro un tutore, siccome abbiam veduto. Ma quando una cagione accidentale o particolare colpiva d'incapacità una persona, che secondo il diritto comune, e senza questa cagione sarebbe stata capace, allora se le nominava un curatore (*curator*).

La legge delle Dodici Tavole poneva sotto la cura dei loro agnati (*in curatione, in cura*) le persone, alle quali dava il nome di *furiosus*, e *prodigus*. Di questa disposizione noi non conosciamo, se non le parole che ho citate (*Hist. du droit* p. 90 §. 7), e che ne sono indicate da Cicerone; ma Ulpiano ci riferisce se non le parole, almeno il senso della legge: « *Lex Duodecim Tabularum furiosum, itemque prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione jubet esse adgnatorum* » (7). L' espressione di *furiosus*, furioso dinotava colui, la cui demenza andava all'eccesso, ma non il folle, nè l' imbecille. Quanto alla parola *prodigus*, per qualche cagione particolare, che a noi non è nota, significava nelle Dodici Tavole non ogni specie di dissipatore, ma solamente colui, che essendo *ab intestato* succeduto al suo padre, dissipava i beni paterni. In fatti nella formola d'interdizione; che l'uso avea introdotta, e che il pretore adoperava al prodigo altra dissipazione non s'imputava che quella di tal sorta di beni: «*Moribus per praetorem bonis interdicitur, hoc modo*: QUANDO TUA BONA PATERNA AVITAQUE NEQUITIA TUA DISPERDIS, LIBEROSQUE TUOS AD EGESTATEM PERDUCIS, OB EAM REM TIBI EA RE (O ÆRE) COMMERCIOQUE INTERDICO» (8). Da

---

(1) *Gai. 1*, §. *192*. A questo proposito dice Gaio, che le tutele legittime sulle donne aveano qualche forza: *Legitimae tutelae vim aliquam habere intelliguntur*. Ved. quel che abbiam detto intorno a ciò pag. 155.

(2) *Gai. 1*. §. *195*.

(3) *Gai. 1, 157*, — *Ulp. Reg. 11*, §. *8*. Si vuole notare che quest'atto legislativo, che fu probabilmente un Senato-consulto fu detto *lex Claudia*, come se fosse stato un plebiscito, quantunque questa maniera di leggi fosse a quel tempo interamente cessata.

(4) *Gai. 1*, §. *190*.

(5) *Ulp. Reg. 11*, §. *8*.

(6) Questa tutela non era più sotto Costantin. *C. 2, 45, 2*, §. *1*.

(7) *Ulp. Reg. 12*, §. *2*.

(8) *Paul. Sent. lib. 3. tit. 4. (A)*. §. *7*.

ciò seguita che i figliuoli, quando eran succeduti al loro padre in vigor d'un testatore, e gli schiavi fatti liberi, i quali mai non aveano beni paterni, non eran sottoposti alla cura, benchè gittasser via il loro avere. Ulpiano ne fa sapere che i pretori rimediarono a ciò nominando de' curatori anche a costoro (1). Essi estesero eziandio le disposizioni delle Dodici Tavole, le quali avean solo parlato de' furiosi, ai folli, agl'imbecilli, ed a coloro che una perpetua infermità rendeva incapaci. Così tutte queste persone si trovaron sotto la vigilanza de'curatori, che dicevansi legittimi (*legitimi*) quando venivano dalle Dodici Tavole, onorari (*honorarii*) quando eran dati dal Pretore (2).

Pertanto egli è agevole intendere, che avendo i romani confusa l'età in cui si divien pubere, con quella in cui è capace di governarsi da se, ne seguitava che gli uomini *sui juris* come giugnevano a quattordici anni si trovavan posti a capo de' loro affari, e sarebbe stato anche peggio per le donne, se si fosse seguito il medesimo principio; perciocchè divenendo puberi prima de'maschi, fin dall'età di dodici anni sarebbero state abbandonate a loro medesime; ma siccome nel diritto primitivo la tutela delle donne era perpetua; così l'inconveniente che abbiamo accennato, non s'incontrava che per gli uomini solamente. In che modo vi fu posto rimedio? La prima legge che trattò di questa materia, pare essere stato un plebiscito fatto durante la seconda guerra Punica. I manoscritti degli antichi autori lo indicano talvolta sotto il nome di *Lex Laetoria*, talvolta sotto quello di *lex Lectoria*, e tal'altra in fine sotto quello di *lex Pletoria* ch'è il suo vero nome (3). Noi non conosciamo nè lo scopo principale, nè tutto il contenuto di questa legge, sappiamo solamente ch'essa era relativa a' minori di 25 anni (4); che dava un'accusa pubblica contro i creditori, che avesser profittato dell'inesperienza di questi minori, per ingannarli (5); che quest'accusa traeva inevitabilmente certe pene contro il condannato, e tra gli altri effetti, lo rendeva incapace di far parte dell' ordine municipale d'una città (6). Intorno alla stessa epoca i Pretori introdussero nei loro editti la restituzione in intero (*restitutio in integrum*), in favore de'minori di 25 anni, che fossero stati ingannati in qualche negozio. Così essi trovaronsi protetti dalla legge *Plaetoria*, e dall'editto del Pretore che tendeano a punire, ed a riparare le frodi commesse in lor danno. Ma più tardi per prevenire queste frodi Marc-Aurelio-Antonino volle che si potesse dar loro de'curatori per ciò solo che non avean venticinque anni (7). E però Ulpiano dopo aver parlato della restituzione in intero conceduta a'minori di 25 anni a cagione della loro inesperienza, aggiugne: « *Et ideo hodie in hanc usque aetatem adolescentes curatorum auxilio reguntur* » (8); similmente dice altrove parlando del pretore, ed annoverando i curatori o-

---

(1) *Ulp. Reg. 12, §. 3.*

(2) *Curatores autem legitimi sunt, id est qui ex lege Duodecim Tabularum dantur, aut honorarii, idest qui a praetore constituuntur. Ulp. Reg. 12, §. 1.*

(3) Così trovasi nominato ne' frammenti trovati nell' ultimo secolo nel Golfo di Taranto presso ad Eraclea, e che però furon dette *Tavole d'Eraclea.* Noi abbiam veduto *(Hist. du droit n.° 53* in nota) che la data di questo monumento rimonta all' epoca del 660, al 680, cioè meno di 100 anni dopo la *lex Plaetoria*. Quest'antichità, e la fede ben più certa che si dee aggiustare ad un monumento, la vincono su' manoscritti.

(4) E però Plauto facendovi allusione la chiama *lex Quinavicennaria (Pseud. act. 1, sc. 3, v. 68).*

(5) *Inde judicium publicum rei privatae lege Laetoria (Plaetoria)* (Cic. de nat. Deor. 3, 30.— Id. de off. 3. 15).

(6) Tavola d' Eraclea secondo frammento.

(7) Questo punto istorico di diritto è ancor controverso. Giulio Capitolino nella vita di Marc-Aurelio-Antonino, dopo aver detto che questo principe fu il primo che diede al pretore il diritto di nominare il tutore, aggiugne: « *de curatoribus vero quum ante non nisi ex lege Lectoria* (Plaetoria) *propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis* ». Due interpetrazioni si son date a questo passo: 1.° l' una è che secondo la legge *Pletoria* si potevano nominare ai minori di 25 anni de' curatori per cagione di cattiva condotta *(lascivia)* o di demenza, e che Marc-Aurelio volle che loro si dessero senz' altra cagione che la loro età; 2.° la seconda, proposta da Einnecio, è che vi avea prima di Marc-Aurelio tre sorte di curatori: quelli ch'eran dati *ex lege Plaetoria* ai minori di 25 anni, quando la lor domanda era fondata su qualche valida ragione; quelli ch' eran dati in vigor della legge delle Dodici Tavole sia *propter lasciviam* ai prodighi, sia *propter dementiam* ai pazzi. Benchè queste due opinioni non differiscano guari in realtà, se non nel modo di tradurre la frase latina, pure io adotterei la prima, e la spiegherei dicendo che vi avea, secondo la legge delle Dodici Tavole, de'curatori pei prodighi, e pei pazzi; che la legge *Plaetoria* non altrimenti dava i curatori agli adulti, che *propter lasciviam*, o *propter dementiam*, il che non era se non un' applicazione forse alquanto più estesa della legge delle Dodici Tavole, e che Marc-Aurelio fù il primo il quale volle che si dessero loro de' curatori, senza altra ragione che la loro età *(non redditis causis)*.

(8) *D. 4, 4, 1, §. 3, f. Ulp.*

norari: « *Preterea dal curatorem ei etiam qui nuper pubes factus, idonee negotia sua tueri non potest* (1).

In fine ed in terzo luogo occorrevano de'casi, in cui, anche durante la tutela, faceva mestieri di aggiugnere un curatore al tutore. Dal che risultano tre circostanze ben distinte, nelle quali si nominavano i curatori: 1.° durante la tutela per gl'impuberi, 2.° dopo la pubertà fino a 25 anni per gli adulti; 3.° anche oltre i 25 anni pei furiosi, insensati, prodighi etc. Ora ci faremo ad esaminar questi diversi casi secondo le Istituzioni, e nell'ordine medesimo.

Masculi puberes et feminae *viri potentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt; quia licet puberes sint, adhuc tamen ejus aetatis sunt; ut sua negotia tueri non possint.*

A' maschi, ed alle femmine dalla pubertà sino a 25 anni finiti si danno i curatori; poichè quantunque sieno puberi, pure, essendo per ancora di poca età, non possono attendere e metter cura alle loro faccende.

Puberes et feminae, dice il testo; in fatti da che la tutela perpetua delle donne fu cessata, esse ebber bisogno anche più degli uomini, che loro si nominasse un curatore; perciocchè divenendo puberi prima di quelli, si sarebber vedute abbandonate a se stesse fin dall'età di dodici anni. Noi abbiamo stabilito per principio, che si davano i tutori per un' incapacità comune a tutti, ed i curatori per un'incapacità particolare: or si farà forse quest'obbiezione, che la debolezza dell' età ne' minori di 25 anni è generale, e che nondimeno si nominavano dei curatori. Ciò avveniva perchè secondo lo stretto diritto i minori di 25 anni eran capaci, solo per una legislazione posteriore fu permesso di dar loro de'curatori, e non a tutti, ma a quelli soltanto che ne facevano richiesta; così quest' incapacità non era generale.

1. *Dantur autem curatores ab eisdem magistratibus, quibus et tutores, sed curator testamento non datur; sed datus confirmatur decreto praetoris, vel praesidis.*

1. I curatori si danno da que' medesimi magistrati, da'quali son dati i tutori. Ma il curatore non si dà per testamento, e se pur è dato, si conferma per decreto del pretore, o del presidente.

I curatori pe' furiosi, e pe' prodighi erano i soli legittimi, i soli dati dalla legge delle Dodici Tavole, tutti gli altri erano onorari, nominati da' magistrati, secondo le regole esposte al tit. XX. Non si poteva nominar curatori per testamento, la legge delle Dodici Tavole non dava questo diritto al testatore, nè gli fu dato di poi per le cure introdotte dalle leggi posteriori; e la ragione è che siccome le cagioni, per le quali davansi i curatori, dipendevano da circostanze particolari, e colpivano di certa incapacità persone generalmente capaci, non dovea essere in arbitrio del testatore, operare di sua propria autorità, come se queste cagioni esistessero.

2. *Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem; curator enim ad certam causam dari potest.*

2. Gli adolescenti non sono obbligati a ricevere curatore loro malgrado, meno in caso di lite; poichè può esser dato un curatore a causa particolare.

Giacchè generalmente e secondo il dritto, le persone giunte alla pubertà eran capaci, non si imponeva loro per forza un curatore, ma si dava a coloro che il richiedevano, non sentendosi in istato di amministrar soli le loro faccende. Il nostro testo formalmente enuncia questo principio; similmente un frammento di Papiniano nel Digesto dice: « *Minoribus annorum desiderantibus curatores dari solent* » (2). Il curatore dovea domandarsi dallo stesso adulto, o per mezzo di un procuratore che agiva per lui; così la madre, il padrone, lo schiavo francato, i parenti non potevano domandarlo (3), ma sibbene avvertire l'adulto che il facesse. Le costituzioni ne faceano anche un obbligo pel tutore, il quale sarebbe stato risponsabile, se al finire della tutela avesse trascurato di dar quest' avvertimento (*si non admonuerit, ut sibi curatores peteret*) (4). Del rimanente quando il giovane sulla sua richiesta avea ricevuto un curatore, dovea rimanere sotto la sua vigilanza sino all'età di 25 anni. Gli adulti potevano ricevere curatori contro la loro volontà in tre casi: 1.° per ricevere i conti

(1) *Ulp. Reg. 12, §. 4.*
(2) *D. 26, 5. 13, § 2.*
(3) *D. 26 6. 2. §. 4, f. Modest, — An, autem alius petere curatorem possit minori, quaesitum est: et Ulpianus egregius ita scribit, non licere alium ei petere, sed ipsum sibi. Ivi § 5.*
(4) *D. 26. 7, 5, §. 5, f. Ulp.*

de' loro tutori (1); 2.° per una lite: questa è l'eccezione indicata del nostro testo; 3.° per ricevere un pagamento (2). In questi tre casi il tutore, l'avversario, o il debitore aveano il dritto per maggior loro sicurezza di richiedere che un curatore fosse dato all'adulto, affinchè non potessero di poi essere incolpati di aver profittato dell' inesperienza di lui per ingannarlo. Essi non potevano da se domandare il curatore, ma potevano ricusare di soddisfare l' adulto, finchè ei non avesse fatto la domanda (3): ed ancora una costituzione dell'imperadore Gordiano permette al tutore in caso di rifiuto del pupillo, di fare egli stesso la domanda (4). Ma questi curatori non aveano commessione, che per l' affare speciale pel quale eran nominati: finito quest' affare cessavano le loro funzioni (5).

Da ciò che abbiam detto risulta che i minori di 25 anni non eran considerati poter sempre bene amministrare i loro affari; che, se avean domandato de'curatori, rimanevano sotto la loro vigilanza fino a 25 anni; e se non ne avean fatta la domanda, potevano in alcuni casi riceverne uno loro malgrado: or dobbiamo aggiugnere che negli affari, che trattavano da se, potevano esser rimessi nello stato primiero dal pretore (*restitui in integrum*), quando questo magistrato riconosceva che avean sofferto un pregiudizio. Questo beneficio riparava il danno, ma sminuiva altresì il loro credito negli affari; perciocchè si temeva di far con essi de'contratti, i quali non doveano essere irrevocabili. Da ultimo non potevano senza un decreto alienare, nè ipotecare i loro immobili (6). Gli adulti per esser rilevati da tutte queste conseguenze doveano ottenere una dispensa di età (*aetatis venia*), la quale solo l'Imperadore (7) poteva concedere a coloro che davan pruove di buona condotta, e ch'eran pervenuti all'età di venti anni per gli uomini, e diciotto per le donne. Dopo questa dispensa gli adulti, se eran sotto cura, ne eran liberati, e potevan trattare i loro affari come maggiori di 25 anni, salva tuttavia che non potevano senza decreto alienare, nè ipotecare i loro immobili (8).

Quanto alla massima che i curatori possono esser destinati per un affare speciale, vi ritorneremo fra breve.

III. *Furiosi quoque et prodigi, licet majores vigintiquinque annis sint, tamen in curatione sunt adgnatorum ex lege Duodecim Tabularum. Sed solent Romae praefectus urbi, vel praetor, et in provinciis praesides ex inquisitione eis curatores dare.*

3. I furiosi ed i prodighi quantunque sieno maggiori di 25 anni, nondimeno per la legge delle Dodici Tavole sono sotto la cura degli agnati Ed in Roma sogliono i Prefetti della città ovvero i Pretori, e nelle Provincie i Presidenti dar loro i curatori per inquisizione.

Non si dee da ciò intendere che la cura legittima degli agnati sia abolita; la para-

---

(1) *C. 5, 31, 7.*
(2) *D. 4, 4, 7, §. 2, f. Ulp.*
(3) *D. 4, 4, 7, §. 2, f. Ulp.*
(4) *C. 5, 31, 7.*
(5) *D. 4, 4. — Cod. 2, 22.* Questa regola delle Istituzioni, che gli adulti non ricevono curatori loro malgrado, ha dato luogo ad una controversia; esi sono indicati parecchi testi, che si dicono con essa in contraddizione, segnatamente il principio di questo titolo delle Istituzioni; e nel Digesto *lib. 4, tit. 4, legge 1, §. 3, e legge 3, princ.; lib. 27. tit. 7, legge 33, §. 1.* Si è soggiunto che da Marc-Aurelio in poi, come è dimostrato dal passo di G. Capitolino citato p. 184, tutti i minori di 25 anni doveano ricevere de' curatori senza eccezione, e senz' alcun' altra ragione che la loro età *(non redditis causis)*. Senza entrare nella discussione di questi testi, io farò osservare che quelli, che finora ho arrecati nella mia spiegazione, provano evidentemente che gli adulti non altrimenti riceveano i curatori, che sulla loro domanda. Quanto a G. Capitolino, egli dice bene che Marc-Aurelio volle che si dessero i curatori agli adulti, senz' allegare altra ragione che la loro età; ma non dice che si dovesser dare i curatori a tutti senz' eccezione, e loro malgrado. Einneccio, come un partito medio adotta questa opinione, che gli adulti, in diritto, non erano costretti di aver curatori; ma che in fatto li aveano tutti, perchè era vietato a'tutori di rendere il conto, senza aver fatto destinare un curatore. Questa opinione non è sufficientemente provata da' testi, che Einneccio invoca *(D. 26, 7, 5, § 5.; e 33, §. 1,)*. Era certamente debito del tutore d'avvertire l'adulto che richiedesse il curatore; se egli trasandava di ciò fare ne era risponsabile; se rendeva il suo conto all' adulto solo, si esponeva al rischio di vederlo annullare per una restituzione in intero; ma tutto ciò non significa ch'egli non poteva lasciar l' amministrazione se non dopo aver fatto nominare un curatore. Anche ammettendo pure, ciò che potrebbe stare, che il curatore nominato sulla domanda del tutore per la resa del conto, non fosse nominato per questo affare solo, e che dovesse continuare le sue funzioni fino al termine dell' adolescenza, se ne potrebbe forse conchiudere che tutti gli adulti aveano de' curatori? Quanti adulti non v' erano, i quali essendo divenuti *sui juris* dopo la loro pubertà, e per questo non avendo mai avuto de' tutori, non aveano mai per tal ragione avuto a ricevere un conto di tutela!
(6) *C. 5, 71.*
(7) *D. 4, 4, 3, princ. f. Ulp.*
(8) *C. 2, 45.*

frasi di Teofilo dice: che i magistrati danno i curatori ai furiosi, ed ai prodighi, quando non vi sono agnati, o quando l' agnato più vicino di grado è inabile all'amministrazione. Si vuole aggiugnere, che siccome le parole *prodigo* e *furioso* nella legge delle Dodici Tavole eran prese in un senso ristretto, che i pretori erano stati obbligati di estendere (p. 184), e siccome in tutt'i casi compresi in questa estensione, essi stessi nominavano i curatori, così il più delle volte i magistrati nominavano il curatore ai furiosi, e principalmente ai prodighi.

IV. *Sed et mentecaptis, et surdis, et mutis, et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.*

4. Si debbono parimente dar curatori ai mentecatti, ai sordi e muti, ed a coloro, che sono perpetuamente ammalati, perciocchè essi non possono intervenire ai loro negozî.

A tutte queste persone i curatori eran dati da' magistrati, perchè la legge delle Dodici Tavole nulla avea detto intorno a ciò. I furiosi, e i folli possono aver dei lucidi intervalli. I romani discutevano fra loro, se in ciascun momento d'intervallo cessasse la cura, salvo a ricominciare quando il furore o la follia ritornava. Giustiniano decide che la cura non debba così estinguersi e rinascere in ciascun intervallo, che essa continua sempre, ma nondimeno il furioso, ed il folle ne' momenti lucidi possono far da se soli tutti gli atti, e non han mestieri dell'appoggio del curatore, se non durante il loro stato di furore, o di follia (1).

V. *Interdum autem et pupilli curatores accipiunt, ut puta si legitimus tutor non sit idoneus, quoniam habenti tutorem tutor dari non potest. Item si testamento datus tutor, vel a praetore, vel a praeside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret, solet ei curator adjungi. Item in loco tutorum, qui non in perpetuum, sed ad tempus a tutela excusantur, solent curatores dari.*

5. Qualche volta anche i pupilli ricevono i curatori, come sarebbe a dire se il tutor legittimo non fosse atto al governo; poichè non si può dar altro tutore a chi l' ha. Oltre a questo se il tutor dato in testamento, o dal Pretore, o dal Presidente non fosse capace all'amministrazione, quantunque non facesse frode, se gli suole aggiugnere il curatore. Similmente i tutori che si scusano dalla tutela non per sempre, ma per un tempo, sogliono esser sostituiti da' curatori.

Quì si tratta de'curatori nominati durante la tutela, e si termina così l'indicazione de'casi, ne'quali possono esser dati.

VI. *Quod si tutor, adversa valetudine, vel alia necessitate impediatur, quominus negotia pupilli administrare possit, et pupillus vel absit, vel infans sit, quem velit actorem periculo ipsius tutoris praetor, vel qui provinciae praeerit, decreto constituet.*

6. E se il tutore per malattia, o per altra necessità sarà impedito, di maniera che egli non possa amministrare i negozî del pupillo, e questi sia assente, o bambino, il Pretore, o colui che sarà Presidente alla provincia destinerà chi egli vuole per agente, a rischio d' esso tutore.

Non si vuol confondere quest'agente (*actor*) col curatore. Quì non si tratta che di un procuratore, il quale opera nell'interesse del pupillo, ed a rischio del tutore. La nomina di quest'agente si fa, secondo il nostro stato, con decreto del Pretore, solamente nel caso che il pupillo sia assente o bambino; in fatti s'egli è sul luogo, ed al di sopra dell'infanzia, dice Teofilo, può egli stesso costituire un procuratore coll'autorità del tutore (2).

Amministrazione e fine della curatela.

Le stesse voci *tutor*, e *curator* ne indicano una differenza nelle funzioni del tutore, e del curatore: uno ha il carico di difendere (*tueri*), l'altro d'invigilare (*curare*). Ma se dalle parole passiamo alle cose, questa differenza meglio si farà manifesta. L' impubere *infans* non può figurare in nessun atto; al di sopra dell'infanzia lo può, se la persona, che il diritto civile richiede per l'atto, e che in lui non è intera, venga ad esser compiuta. Per contrario gli adulti hanno una persona civile compiuta; per regola generale essi possono disporre de'loro beni ed obbligarsi (3); consentire ad un'arrogazione, un matrimonio (4) etc.; salvochè il furore o la follia non abbia tolto loro l'uso della ragione, ed ancora in questo stato possono avere de'lucidi intervalli. Seguita da ciò che il protettore dato agl'impuberi debb' avere il carico o di trattare i loro affari durante la loro infanzia, o di compiere la loro persona imperfetta, quando essi possono parlare ed operare; la qual cosa fa

(1) *Cod. 5, 70, 6.*
(2) *D. 26, 7, 24, f. Paul.*
(3) *D. 45, 1, 101.*
(4) *D. 23, 2, 20, f. Paul. — C. 5, 4, 8.*

il tutore interponendo la sua *auctoritas*. Per contrario l'invigilatore dato agli adulti non è incaricato di compiere la loro persona la quale è intera e compiuta: egli dee solamente vegliare a' loro interessi negli atti che fanno, e dare il suo assentimento (*consensus*); o pure come una specie di procuratore, amministrare i loro negozî, quando essi sono al tutto impediti dal trattarli da se (1). Ecco donde viene quella massima che il curatore a differenza del tutore, si dà ai beni o alla cosa; ecco pure la ragione, perchè si può dare un curatore per un affare speciale. D'altra parte queste regole non impediscono che il tutore, tuttochè dato a compiere e perfezionare la persona dell'impubere non prenda cura de'beni di lui; e similmente che il curatore tuttochè mai non abbia a compiere la persona dell'adulto, e non sia neppur necessario quando si tratta del suo matrimonio, non vegli pertanto alla sua educazione e mantenimento (2), al sollievo, ed alla guarigione dell'infermo, o del folle che a lui è confidato (3).

In somma il curatore o dà il suo consentimento agli atti dell'adulto, o amministra gli affari per lui, quando le circostanze rendono indispensabile tale amministrazione, ma non si aggiugne mai alla persona di lui, a fine di renderla perfetta e compiuta.

La cura data al pupillo durante la tutela finisce alla pubertà (4), quella degli adulti, a 25 anni, o quando ottengano la dispensa dell'età (5); quella de' furiosi, de' folli, dei sordi e muti etc., quando sieno guariti (6); quella de' prodighi, quando per aver mutato costume sia loro tolta la interdizione; quella data per un affare speciale, quando l'affare sia terminato.

TITULUS XXIV.

SATISDATIONE TUTORUM VEL CURATORUM.

Ne tamen pupillorum pupillarumve, et eorum qui quaeve in curatione sunt, negotia curatoribus, tutoribusve consumantur, vel diminuantur, curet praetor ut et tutores, et curatores eo nomine satisdent. Sed hoc non est perpetuum; nam tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum, et diligentia ab ipso testatore approbata est. Item, ex inquisitione tutores vel curatores dati, satisdatione non onerantur, quia idonei electi sunt.

TITOLO XXIV.

DELLA SATISDAZIONE DE' TUTORI E DE' CURATORI.

Affinchè le facoltà de'pupilli, e di quei che sono sotto curatela non sieno consumate o sminuite dai curatori o tutori, il Pretore farà loro dar cauzione. Tuttavia i tutori dati in testamento non sono astretti a dar sicurtà, perchè la fede e la diligenza loro è stata approvata dal testatore. Similmente i tutori, ed i curatori dati per inquisizione non hanno carico di dar sicurtà, perciocchè sono elette persone idonee.

Noi abbim già detto (p. 172) che i tutori prima di cominciare le loro funzioni debbono dare ai pupilli sicurtà per la buona amministrazione de' loro affari (*cavere rem pupilli salvam fore*). Lo stesso è a dire de' curatori; questa obbligazione è comune a loro, e ciò che siam per dire si applica così agli uni, come agli altri. Vi ha parecchi modi di dar sicurtà; una solenne promessa, un giuramento, un pegno, un'ipoteca, dei fidejussori sono altrettante garentie, più o meno sicure. La parola *cavere* è generica, e si applica a tutti gli atti che alcuno fa per cautelare altrui (*ut quis cautior sit, et securior*). Qual'era la sicurtà che i tutori, o curatori doveano al pupillo? Quella che i romani nominavano *satisdatio*, parola che noi tradurremo letteralmente per *satisdazione*. Questo atto consisteva in cautelare alcuno, dandogli de'fidejussori (*cavere ut aliquem securum faciamus datis fidejussoribus*) (7). Dare de'fidejussori valeva presentare una o più persone, che per le forme solenni della stipulazione obbligavansi (8). E però il tutore o curatore cominciava dall'obbligarsi egli medesimo per via di stipulazione; era interrogato, per esempio, in questi termini: *Promittisne rem pupilli salvam fore?* Egli rispondeva: *Promitto.* Ed allora presentando colui, o coloro, che doveano esser fidejussori, questi alla lor volta erano interrogati: *Fidejubesne rem pupilli salvam fore?* Eglino rispondevano: *Fidejubeo*, e rimaneano obbligati come garanti. Da chi le interrogazioni, o secondo il termine tecnico, le *stipulazioni* doveano esser fatte? Dal pupillo, o adulto se era presente e sapeva parlare, perciocchè l'azione di stipulazione si acquistava da colui che interrogava. Se il pupillo non poteva parlare, o era assente, uno de'suoi schia-

(1) *D. 26, 2, 14, f. Marci.*
(2) *D. 27, 2, 3, pr. §. 5. — C. 5, 50, 2.*
(3) *D. 27, 10, 7, princ.*
(4) *D. 26, 5, 25, f. Paul.*
(5) *D. 4, 4, 8, p. — C. 2, 45.*
(6) *D. 27, 10, 1, princ. f. Ulp.*
(7) *D. 2, 8, 1, f. Gai.*
(8) *Inst. 3, 20.*

vi dovea interrogare; perchè gli schiavi acquistano al loro padrone. Se non avea schiavi era mestieri comprargliene uno, ovvero far seguire la stipulazione per mezzo di uno schiavo pubblico, o di una persona destinata dal pretore. In questi due ultimi casi benchè rigorosamente l'azione di stipulazione non avrebbe dovuto appartenere al pupillo, o all'adulto, pure a lui si attribuiva (1). Questa stipulazione non era convenzionale, perchè non avea luogo per la sola volontà delle parti, giacchè i tutori, o curatori vi erano astretti da'magistrati; essa era in un tempo medesimo e *pretoria*, perchè generalmente si faceva per ordine del Pretore, e *giudiziaria*, perchè sovente interveniva che il giudice di una lite la ordinasse; e però noi vedremo più appresso ch'essa annoveravasi nella classe delle stipulazioni *comuni* (2).

Dopo cosiffatte osservazioni dobbiamo esaminare col testo quali erano i tutori costretti, o dispensati dal dare sicurtà. Da esso risulta che solo i tutori o curatori legittimi, e quelli dati dai magistrati inferiori delle città erano astretti alla *satisdazione*. Non eravi eccezione di pieno diritto pel padrone; ma questi poteva, con cognizione di causa, esser dispensato dal pretore; ed anche un frammento del Digesto ne dice ch'egli non era di leggieri astretto a dar sicurtà (3). Lo stesso si vuol dire del padre, benchè i testi citati non parlino che del padrone; ed ancora con più diritto si potrebbe sostenere, che, se la scelta, che il padre faceva d'un tutore testamentario, bastava a dispensar costui dal dare sicurtà, per più forte ragione il padre dovea egli stesso esserne dispensato. Il tutore o curatore nominato nel testamento era dispensato dalla satisdazione, anche nel caso che la sua nomina avesse mestieri d'esser confermata, purchè fosse stata fatta dall'ascendente (4).

1. *Sed si ex testamento vel inquisitione duo, pluresve fuerint dati, potest unus offerre satis de indemnitate pupilli, vel adolescentis, et contutori suo, vel concuratori praeferri, ut solus administret; vel ut contutor satis offerens praeponatur ei, ut et ipse solus administret. Itaque per se non potest petere satis a contutore vel concuratore suo,* sed offerre debet, *ut electionem det concuratori, vel contutori suo utrum velit satis accipere, an satisdare. Quod si nemo eorum satis offerat, si quidem adscriptum fuerit a testatore quis gerat, ille gerere debet. Quod si non fuerit scriptum, quem major pars elegerit, ipse gerere debet, ut edicto Praetoris cavetur; sin autem ipsi tutores dissenserint circa eligendum eum, vel eos, qui gerere debent, praetor partes suas interponere debet. Idem et in pluribus ex inquisitione datis comprobandum est, id est, ut major pars eligere possit, per quem administratio fiat.*

1. Ma se saranno dati due, o più tutori per testamento, o per inquisizione, può l'uno di loro offerir la sicurtà di conservar salve le cose dei pupilli o dell'adulto, o per esser preposto al suo compagno tutore o curatore, ed amministrare egli solo, o per costringere l'altro a dar sicurtà, se questi voglia esser preferito, ed entrar solo nell'amministrazione. Sicchè da se stesso l'uno non può chiedere all'altro la sicurtà, ma volendo operar che il compagno dia la sicurtà, egli debb'essere il primo a darla, acciò il compagno scelga se debba ricevere, o dare egli la sicurtà. Che se niuno di loro la offerisce, amministrerà colui, che sarà stato dal testatore destinato ad amministrare; e non vi essendo indicato niuno, quegli che sarà eletto dalla maggior parte di loro, siccome si comanda per l'editto del Pretore. E se essi tutori saranno discordanti nella elezion di colui, o di coloro che debbono amministrare, il Pretore vi si debbe interporre per decidere chi debba entrar nell' amministrazione. Il medesimo si dee osservare nel caso che molti sieno dati per inquisizione, cioè la maggior parte eleggerà un di loro, per mano del quale si abbia da amministrare.

Sed offerre debet. Noi di già abbiamo spiegate le disposizione di questo paragrafo (p. 172). È da notare, che quando vi ha più tutori, importa loro che colui il quale amministra dia sicurtà, perciocchè tutti rispondono dell'amministrazione. È ancora da osservare che quegli il quale è il primo ad offrire la sicurtà, dà agli altri per ciò solo la scelta o di accettare, o di dare essi la sicurtà. Oltre alle garentie, delle quali abbiam fatto parola, gl'impuberi, e gli adulti han pure un'ipoteca su tutt'i beni dei tutori, o curatori.

II. *Sciendum autem est, non solum tutores, vel curatores pupillis, vel adultis, ceterisque personis, ex administratione rerum teneri, sed etiam in eos, qui satisdationem accipiunt* subsidiariam actionem *esse, quae ultimum eis praesidium possit afferre. Subsidiaria autem actio in eos datur, qui aut omnino a tutoribus, vel curatoribus satisdari non curaverunt, aut non idonee passi sunt caveri: quae quidem, tam ex prudentum responsis, quam ex constitutionibus imperialibus,* etiam in haeredes *eorum extenditur.*

2. Ma egli è da sapere che non solamente i tutori, o curatori sono obbligati ai pupilli, agli adulti, e ad altre persone per l' amministrazione

(1) *D. 46, 6, fr. 2, 3, 4, e 6.*
(2) *Inst. 3, 18.*
(3) *D. 26, 4, 5, § 1, f. Ulp.—Ivi 5, 13, § 1, f. Pap.*
(4) *Dig. 26, 3, 3, f. Juli. — C. 5, 70, 7. §. 5.*

delle cose, ma si ha eziandio *azione sussidiaria* contro coloro i quali riceverono da'tutori la sicurtà, la quale è pei pupilli come l'ultimo ajuto. L'azione sussidiaria poi si dà contro coloro che non hanno curato, che i tutori ed i curatori dessero la sicurtà, o han sofferto che se ne desse una non buona, la qual'azione tanto per le risposte de'prudenti, quanto per le costituzioni imperiali si estende *anco contra gli eredi*.

Subsidiariam actionem. In questo paragrafo si tratta d'un'azione data ai pupilli, o all'adulto anche contra i magistrati incaricati di ricevere la sicurtà. Noi troviamo su tale oggetto un titolo nel Digesto, e nel Codice sotto la rubrica *De magistratibus conveniendis* (1). Quest'azione era sussidiaria: così son chiamate quelle che presentano un ultimo aiuto (*ultimum subsidium*), e che si danno solo in difetto di ogni altra. Quasi tutte le leggi del codice sotto il titolo citato ci dicono che il pupillo, o l'adulto non ha il ricorso contro i magistrati, se non quando dopo aver discussi, e fatto vendere i beni del tutore o curatore, e de'loro fidejussori, non abbia potuto essere interamente ristorato del danno.

Etiam in haeredes. Ma l'azione era men rigorosa contro gli eredi, che contro il magistrato medesimo. I primi non eran responsabili, se non quando il magistrato avea usato nel suo ufficio una negligenza ben grave (2).

III. *Quibus constitutionibus et illud exprimitur, ut, nisi caveant tutores, vel curatores, pignoribus captis coerceantur.*

3. Nelle quali costituzioni si legge eziandio che se i tutori, o curatori non daranno sicurtà, siano forzati a darla, togliendo loro i pegni.

Vale a dire che il magistrato comanderà che si tolga qualche cosa de'loro beni, per tenersi in luogo di pegno.

IV. *Neque autem praefectus urbi, neque praetor, neque praeses provinciae, neque quis alius, cui tutores dandi jus est, hac actione tenebitur, sed hi tantummodo, qui satisdationem exigere solent.*

4. Nè il Prefetto della città, nè il Pretore, nè il Presidente della provincia, nè alcun altro che abbia potere di dar tutori sarà tenuto a quest'azione, ma solamente coloro che sogliono riscuoter la sicurtà.

Il Prefetto della Città, il Presidente della provincia, che aveano il potere di nominar tutori e curatori doveano invigilare che si riscuotesse da loro la sicurtà nei casi in cui era necessaria; ma pare che non fosse loro incarico nè di valutare, nè di ricevere questa sicurtà. Un frammento di Ulpiano parla d'un presidente di provincia, il quale, dopo avere egli stesso nominato il tutore, incarica i magistrati particolari della città di esigere la sicurtà (3). Similmente una costituzione di Zenone, dopo aver citato l'ordine d'un pretore che nomina un curatore, parla d'una specie di scrivano detto *scriba* incaricato di stimare le facoltà dell'adulto, e di ricevere la sicurtà (4). Da questi testi si deduce chiaramente la regola, che l'azione sussidiaria non si da contro i magistrati investiti del potere di nominare i tutori, ma solamente contro quelli che hanno il carico di ricevere la sicurtà. Un'altra spiegazione è ancora necessaria: essa riguarda le parole: *neque quis alius, cui tutoris dandi jus est*. Forse dirà taluno: i magistrati municipali hanno diritto in certi casi di nominare i tutori, e non pertanto, siccome innanzi è detto, son soggetti all'azione sussidiaria; dunque le dizioni del testo non sono esatte. Queste dizioni son tolte da Ulpiano (5), il quale le scriveva in un tempo, in cui solo i magistrati superiori aveano il diritto di fare queste nomine; quanto ai magistrati particolari delle città, questi le facevano come delegati del presidente, e per suo comando. Giustiniano fu il primo che diè loro il diritto di nominare senz'attendere alcun comando. Del resto se essi son soggetti all'azion sussidiaria, ciò non avviene perchè essi han fatta la nomina, ma sibbene perchè debbono inoltre ricevere la sicurtà.

TITULUS XXV.

DE EXCUSATIONIBUS TUTORUM VEL CURATORUM.

TITOLO XXV.

DELLE ESCUSAZIONI DE'TUTORI, E CURATORI.

La tutela, e la curatela erano carichi pubblici, non già perchè avessero per iscopo l'utilità pubblica dello Stato, ma in questo senso che ciascun cittadino vi poteva esser chiamato, e dovea adempierne le funzioni. Vi erano però delle ragioni per le quali alcuno poteva essere scusato. Le scuse sono,

(1) *D. 27, 8. — C. 5. 55.*
(2) *D. 27, 8, 6, f. — C. 5, 55, 2.*
(3) *D. 27, 8, 1, §. 2, f. Ulp.*
(4) *C. 5, 75, 6.* (5) *D. 27, 8, 1, §. 1, f. Ulp.*

propriamente parlando, delle cagioni di dispensa, che si possono far valere, ma alle quali si può anche rinunziare; talchè si ha la facoltà di accettare la tutela o la cura, o di non accettarla, allegandone le scuse. Queste differiscono dalle esclusioni; perciocchè chi è escluso non può esser nè tutore, nè curatore, quand' anche il voglia: nondimeno s'incontra qualche testo, in cui la parola *excusari* è adoperata per *essere escluso;* ma non è questo il senso ordinario e proprio della parola.

Excusantur autem tutores, vel curatores variis ex causis; plerumque tamen propter liberos, sive in potestate sint sive emancipati. Si enim tres liberos superstites Romae *quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque, a tutela, vel cura potest excusari exemplo ceterorum munerum, nam et tutelam, vel curam placuit publicum munus esse. Sed adoptivi liberi non prosunt: in adoptionem autem dati naturali patri prosunt. Item nepotes ex filio prosunt ut in locum patris succedant; ex filia non prosunt. Filii autem superstites tantum ad tutelae vel curae muneris excusationem prosunt; defuncti autem non prosunt. Sed si in bello amissi sunt, quaesitum est an prosint? Et constat eos solos prodesse qui in acie amittuntur; hi enim qui pro Republica ceciderunt in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.*

I tutori, ed i curatori si scusano per varie cagioni, e le più volte per i figliuoli o che sieno in potestà, o emancipati; poichè se alcuno in Roma avrà tre figliuoli vivi, o in Italia quattro, o cinque nelle provincie, può essere scusato dalla tutela e dalla curatela ad esempio degli altri carichi, essendo questo un carico pubblico. Ma i figliuoli adottivi non giovano. I figliuoli dati in adozione giovano al padre naturale. Oltre a questo i nipoti nati dal figliuolo giovano, perchè succedono in luogo del padre, ma nò que'nati dalla figliuola. I figliuoli viventi scusano, nòn i morti. Ma si dimanda: scusano que' che son morti in guerra? Ed è cosa chiara che coloro solamente giovano, che son morti nelle battaglie; poichè quelli che morirono per conto della Repubblica vivono in perpetuo per la gloria.

Tres liberos superstites Romae. Questa esecuzione data pel numero de'figliuoli vien dalla legge *Papia Poppea*, della quale abbiam già veduto una disposizione intesa a favorire i matrimonî, ed aumentare la popolazione (*Hist. du droit* n.° 68). E si noti la differenza tra Roma, l'Italia, e le provincie; differenza, che è conservata nelle Istituzioni, benchè a quel tempo Roma e l'Italia fossero ancora sotto la dominazione e signoria degli Ostrogoti.

1. *Item divus Marcus in* semestribus *rescripsit, eum qui res fisci administrat a tutela vel cura, quamdiu administrat, excusari posse.*

1. Il divino Marco scrisse parimente nel libro de' *semestri*, che quegli il quale amministra le cose del Fisco, può essere scusato dalla tutela e dalla curatela durante l' amministrazione.

Sappiamo da Svetonio che Augusto e Tiberio riunivano per sei mesi de'consigli particolari composti di senatori (*semestria consilia*), in cui discutevano certi affari (1). Il nostro testo delle Istituzioni può far presumere, che Marc-Aurelio avesse seguito questo esempio. Sotto Giustiniano non eravi più differenza tra il tesoro del principe (*fiscus*), e quello dello Stato (*aerarium*) (*Hist. du droit* n.° 58.).

II. *Item qui Reipublicae causa absunt, a tutela vel cura excusantur. Sed et si fuerint tutores vel curatores, deinde Reipublicae causa abesse coeperint, a tutela, vel cura excusantur, quatenus Reipublicae causa absunt; et interea curator loco eorum datur. Qui si reversi fuerint, recipiunt onus tutelae; nam* nec anni habent vacationem, *ut Papinianus libro quinto responsorum scripsit; nam hoc spatium habent ad novas tutelas vocati.*

2. Coloro parimente son iscusati, che sono assenti per conto della Repubblica, ma se essi saranno stati nominati tutori o curatori, e dopo comincino ad esser assenti, son iscusati dalla tutela o dalla cura, finchè dura l'assenza ed in quel mezzo si dà un curatore in loro luogo. Ma quando saranno ritornati, ripigliano il carico della tutela, senza avere un *anno di dispensa*, siccome scrisse Papiniano nel V. libro de'Responsi; poichè il detto spazio di tempo si concede a coloro, che, non essendo per innanzi tutori, dopo che son ritornati di fuori, ov' essi furono per conto della Repubblica, sono allora chiamati a qualche nuova tutela.

Nec anni habent vacationem. Ritornando alcuno di fuori ove era stato per conto della Repubblica, non poteva per lo spazio di un anno esser chiamato suo malgrado da una nuova tutela o cura; ma per quelle, delle quali era stato incaricato prima della sua partenza, era astretto a ripigliarle incontanente: esse eran solo rimaste sospese durante l'assenza, e però in quel mezzo di tempo si nominava un curatore.

III. *Et qui potestatem habent aliquam, se excusare possunt, ut divus Marcus rescripsit; sed coeptam tutelam deserere non possunt.*

3. E quelli si possono scusare, che hanno qualche potestà pubblica, come il divino Marco rescrisse, ma non posson lasciar la tutela già per addietro ricevuta.

(1) *Svet. Aug.* 35.

IV. *Item, propter litem quam cum pupillo, vel adulto tutor, vel curator habet, excusare nemo se potest, nisi forte de omnibus bonis, vel hereditate controversia sit.*

4. Similmente niuno si può iscusar per la lite, ch'egli abbia col pupillo o con l'adulto, se per avventura la controversia non fosse di tutti i beni, ovvero dell'eredità.

Giustiniano più tardi nella Novella 72 c. 1.o decise, che quando uno fosse creditore, o debitore del pupillo o dell'adulto, non potrebbe esser ammesso alla tutela, o alla cura.

V. *Item tria onera tutelae non adfectatae, vel curae, praestant vacationem, quamdiu administrantur; ut tamen plurium pupillorum tutela, vel cura eorumdem bonorum veluti fratrum, pro una computetur.*

5. Parimenti tre carichi di tutele, o di cure non ricercate scusano sino a che sono amministrate, con questo però che la tutela di più pupilli, o la cura di più beni, quando vi ha indivisione, per esempio quella di più fratelli, si computi per una sola.

VI. *Sed et propter paupertatem excusationem tribui tam divi fratres, quam per se divus Marcus rescripsit, si quis imparem se oneri injuncto possit docere.*

6. Inoltre hanno rescritto tanto i divini fratelli, quanto il divino Marco per se medesimo, che si accetti la scusa per povertà, se alcuno dimostri, ch'egli non è da tanto da poter sostenere il carico che gli è dato.

Per divini fratelli s'intendono Marc-Aurelio Antonio il filosofo, ed il suo fratello per adozione Lucio Vero (*Hist. du droit* p. 295).

VII. *Item, propter adversam valetudinem, propter quam nec suis quidem negotiis interesse potest, excusatio locum habet.*

7. Similmente la scusa ha luogo per malattia, per la quale egli non possa pur intervenire nelle sue proprie faccende.

VIII. *Similiter eum qui litteras nescit, esse excusandum Divus Pius rescripsit, quamvis et imperiti litterarum possint ad administrationem negotiorum sufficere.*

8. Ed il divino Pio rescrisse che son parimenti degni di scusa gli analfabeti, quantunque possano esser sufficienti all'amministrazione de' negozi.

Adunque spetta al magistrato di giudicare, secondo la importanza della tutela, se possa amministrarsi da alcuno che non sappia leggere, e se per conseguente debba la scusa essere ammessa o rigettata (1).

IX. *Item, si propter inimicitias aliquem testamento tutorem pater dederit, hoc ipsum praestat ei excusationem; sicut per contrarium non excusantur qui se tutelam administraturos patri pupillorum promiserant.*

9. Similmente se qualcuno nel suo testamento avrà dato a' suoi discendenti un suo nemico per tutore, questi è scusato, ma per contrario quelli non sono scusati, i quali promisero al padre dei pupilli di amministrar la tutela.

Si suppone che un padre nel fine d'imporre al suo nemico un carico gravoso l'abbia nel suo testamento nominato tutore de'suoi figliuoli: in questo caso si dà una scusa, ma è mestieri provare, che appunto per inimicizia si sia fatta la nomina, e non già come un atto di riconciliazione.

X. *Non esse autem admittendam excusationem ejus, qui hoc solo utitur, quod ignotus patri pupillorum sit, divi fratres rescripserunt.*

10. I divini fratelli rescrissero, che la scusa di colui non doveva essere ammessa, il quale, per iscusarsi, diceva: il padre de'pupilli non mi conosce.

XI. *Inimicitiae, quas quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, si capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenit, a tutela, vel cura solent excusare.*

11. Inoltre l'uomo si suole iscusar dalla tutela per le inimicizie, le quali egli avrà avute col padre de' pupilli, o degli adulti, se saranno state capitali, e se non si sia fatta la pace.

Per inimicizie capitali s'intendono quelle che si estendono fino a voler privare alcuno della vita naturale, o civile.

XII. *Item is qui status controversiam a pupillorum patre passus est, excusatur a tutela.*

12. Similmente colui è scusato dalla tutela, il quale abbia sostenuto lite col padre de'pupilli, intorno al suo stato, o condizione.

Per esempio se il padre de'pupilli mi ha mosso lite sostenendo ch'egli era schiavo, o non cittadino.

XIII. *Item major septuaginta annis a tutela vel cura excusare se potest. Minores autem viginti quinque annis olim quidem excusabantur,*

(1) *D.* 27, 1, 6, §. 19, *f. Modest.*

nostra autem constitutione prohibentur ad tutelam vel curam adspirare, adeo ut nec excusatione opus sit. Qua constitutione cavetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus: cum erat incivile eos qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, et ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire.

13. Si può similmente scusare dalla tutela e dalla curatela quegli che è in età maggiore di settant'anni. Già un tempo si scusavano i minori d'età di venticinque anni, ma oggi è vietato dalla nostra costituzione, che essi aspirino a tutela o cura niuna, di maniera che essi non hanno bisogno di scusa. Per la quale costituzione si eviti che il pupillo, e l'adulto sia chiamato a legittima tutela, poichè non è cosa civile, che coloro, i quali si vede che hanno bisogno dell'aiuto di persone che amministrino le loro cose e son governati, entrino alla tutela, ed al governo degli altri.

XIV *Item et in milite observandum est, ut, nec volens ad tutelae onus admittatur.*

14. Il medesimo si debbe osservare pel soldato, acciò non sia ammesso a carico di tutela, quantunque egli il voglia.

Questo è un'incapacità piuttosto che una scusa.

XV. *Item, Romae grammatici, rhetores et medici, et qui in patria sua id exercent, et intra numerum sunt, a tutela vel cura habent vacationem.*

15. Inoltre i grammatici, i retori, ed i medici, che esercitano in Roma, o nella loro patria queste arti, e che son compresi nel numero ordinato dalle costituzioni, hanno vacanza dalla tutela, e dalla cura.

Eravi, dice Teofilo, una costituzione d'Antonino Pio, che stabiliva il numero de' grammatici, retori, etc., che ciascuna città poteva avere. Modestino ci fa anche conoscere le disposizioni di questa costituzione e i diversi limiti che assegnava (1).

XVI. *Qui autem vult se excusare, si plures habeat excusationes, et de quibusdam non probaverit, aliis uti intra tempora constituta non prohibetur. Qui autem excusare se volunt, non* appellant, sed intra dies quinquaginta continuos *ex quo cognoverint se tutores datos, excusare se debent, cujuscumque generis sint, idest qualitercumque dati fuerint tutores, si intra centesimum lapidem sunt ab eo loco, ubi tutores dati sunt. Si vero ultra centesimum habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum, et amplius triginta dierum: quod tamen, ut Scaevola dicebat, sic debet computari,* ut ne minus sint, quam quinquaginta dies.

16. Se alcuno di più scuse, che abbia, voglia allegarne alcune, e siano state rigettate, non si vieta che fra certo spazio di tempo ordinato non faccia la pruova dell'altre. Que' che si vogliono scusare non *appellano*, *ma fra lo spazio di cinquanta giorni continui*, dopo ch' essi avran saputo la loro elezione si debbono scusare, qualunque sia l'ordine al quale appartengono, cioè in qualunque modo sieno stati chiamati alla tutela, o alla cura, se son fra cento miglia da quel luogo dove sono stati dati tutori. Ma se abitano oltre le cento miglia, un giorno per ogni venti miglia più 30 giorni, il qual termine si dee, come dice Scevola, siffattamente computare, *che i giorni non siano meno di 50.*

Non appellant. Questo paragrafo stabilisce in qual forma si debba alcuno scusare, ed in qual termine. In generale quando alcuno era chiamato ad un carico pubblico, e pretendeva di avere una escusazione, dovea farla valere per via d'appello; valé a dire dirigendosi ad un magistrato superiore per far riformare la sentenza di colui, che lo aveo nominato (2). Una costituzione di Marc-Aurelio Antonino ordinò, che altrimenti fosse della tutela, e della cura. Il magistrato, innanzi al quale i tutori debbono presentarsi, ed allegare le loro scuse, è quegli che forma il primo grado di giurisdizione, se questo primo magistrato le rigetta, allora potranno appellare dalla sua sentenza (3). Siffatta regola è comune a tutt'i tutori o curatori legittimi, testamentarî, o dati dal magistrato; tutti possono egualmente scusarsi, salvo nondimeno gli schiavi francati, ai quali la riconoscenza impone l'obbligo di amministrar la tutela, o cura de' figliuoli del padrone, e che non possono allegar veruna scusa per sottrarvisi (4).

Intra quinquaginta dies continuos. Quanto si computava per *giorni utili*, si tenea solamente conto di quelli, in cui era permesso di presentarsi in giudizio, per *giorni continui*, si computavano tutti senza distinzione. Quest' ultimo era il metodo a seguirsi da' tutori, o curatori. Nel termine stabilito, era mestieri che non pure si fosser presentati al giudice (*ad judicium accedere*), ma avessero eziandio allegate distintamente le loro escusazioni (*remissionis causam nominare*) (5). Se essi ne avean parecchie, non eran tenuti di specificarle tutte in un tempo medesimo, ma quando le prime si fosser rigettate, potevan proporre le altre, purchè ancora non fosse decorso il termine.

Ne minus sint, quam quinquaginta dies.

(1) *D. 27, 1, 6. §§. 2, 7, e. 9, f. Modest.*
(2) *D. 49, 4, 1, §. 2, f. Ulp.*
(3) *Ivi §. 1. — D. 27, 1, 13, p. f. Modest.*
(4) *C. 5, 62, 5.* (5) *D. 27, 1, 13, §. 8.*

Dal computo indicato dalle Istituzioni risulta, che se esso si fosse seguito senza veruna modificazione, quei che erano oltre le cento miglia avrebbero avuto sovente un termine più breve degli altri, che si trovavano meno lontani. Per esempio quegli che abitava a trecento miglia avrebbe avuto un giorno per ogni venti miglia, cioè quindici giorni, aggiungete altri trenta giorni, sarebbero in tutto quarantacinque giorni solamente. Ecco perchè i giureconsulti aggiugnevano che in tutti i casi, bisogna computare in guisa, che alcuno mai non abbia meno di cinquanta giorni (1). Secondo quel che si è detto, ciascuno può agevolmente vedere facendo il computo, che non si comincia ad aver più di cinquanta giorni se non quando i tutori abitano oltre alle quattrocento miglia, per modo che la regola sarebbe stata più giusta, e più semplice, se si fosse detto: il termine sarà di cinquanta giorni per quei che dimorano a quattrocento miglia, o meno; e si aggiugnerà un giorno per ogni venti miglia al di sopra di questa distanza.

I tutori, ed i curatori hanno, come innanzi è detto la facoltà di valersi delle loro scuse, ovvero di rinunciarvi. Essi vi rinunciano tacitamente, quando lasciano trascorrere il termine, ovvero quando imprendono l'amministrazione, senza fare riserva niuna (2), salvochè non si tratti di una scusa sopraggiunta dipoi, e che può esentare anche da un carico cominciato, come a cagion d'esempio l'assenza per conto della Repubblica.

XVII. *Datus autem tutor ad universum patrimonium datus esse creditur.*

17. Quegli poi che è dato a tutore si giudica esser dato a tutto il patrimonio.

Per conseguente, aggiugne Cujacio, se i beni son posti in differenti province, questo non farà che non sia incaricato di tutto il patrimonio. Donde seguita, che s'egli voglia discaricarsi dall' amministrazione dei beni troppo distanti, non può altrimenti farlo, che proponendo una scusa fondata sulla lontananza; la qual cosa è conforme ad un frammento del Digesto (3). Alcuni comentatori, avvisano che il testo delle Istituzioni sia incompiuto, e che ciò che seguiva, conteneva quel che noi ora abbiam detto. La parafrasi di Teofilo non dice nulla più che le Istituzioni.

XVIII. *Qui tutelam alicujus gessit, invitus curator ejusdem fieri non compellitur: in tantum ut, licet pater familias, qui testamento tutorem dedit, adjecerit se eumdem curatorem dare, tamen invitum eum curam suscipere non cogendum divi Severus, et Antoninus rescripserunt.*

18. Chi è stato tutor d'alcuno non è forzato ad essergli curatore, s' egli non vuole, in tanto che, se il padre di famiglia avendo dato il tutore nel testamento, abbia aggiunto che il medesimo sia curatore, i divini Severo, ed Antonino rescrissero, che può ricusare l'ultimo carico.

Quì s'intende parlare di Settimo-Severo, ed Antonino-Caracalla (*Hist. du droit* p. 295).

XIX. *Iidem rescripserunt maritum uxori suae curatorem datum excusare se posse, licet se immisceat.*

19. Inoltre rescrissero i medesimi, che il marito dato alla moglie per curatore si può scusare, quantunque egli sia immischiato negli affari.

Non solamente può, ma deve scusarsi, perciocchè egli è incapace di esser curatore della moglie, come formalmente è detto in più d'un testo del Digesto e del Codice (4). « *Maritus, etsi rebus uxoris suae debet affectionem, tamen curator ei creari non potest* » (5). Questa regola è la reciproca di quell'altra già nota, che il curatore di una donna non può sposarla (p. 128). La ragione è la stessa: si temeva che il marito non abusasse della sua posizione, per esentarsi dal rendere il conto. Se dunque per ignoranza di diritto, o per qualsivoglia altra cagione un magistrato avesse nominato un marito a curatore della moglie, questi, come avea notizia di ciò, incontanente dovea scusarsi, per evitare qualunque risponsabilità intorno a ciò (6). Bisogna supporre che la donna abbia mestieri di un curatore, o perchè sia minore di venticinque anni, o perchè sia mentecatta etc. (7). Bisogna inoltre supporre che abbia de'beni proprî, e non compresi nella dote (p. 131).

XX. *Si quis autem falsis allegationibus excu-*

(1) *D. 27, 1, 13, § 2, f. Modest.* (2) *C. 5, 63, 2.*
(3) *D. 27, 1, 21, §. 2, f. Marci.*
(4) *D. 27, 1, 1, §. 5, f. Modest. — 27, 10, 14, f. Papin.*
(5) *C. 5, 34, 2.*
(6) *C. 5, 62, 4.*
(7) *D. 27, 10, 14.*

sationem tutelae meruerit, non est liberatus onere tutelae.

20. Se alcuno avrà meritata la scusa dalla tutela per false cagioni allegate, per questo non ne è liberato.

In conseguenza egli è sempre responsabile, per l'azione di tutela, di tutti i danni, che il pupillo potrebbe risentire: lo stesso dee dirsi per la cura. Questa è un'eccezione fatta, in favore de' pupilli, o adulti, alla regola, che la cosa giudicata si ha per verità.

Vi ha ancora altre cagioni di scusa oltre le già dette, ma la materia non è tanto importante, da doverle esaminar tutte: esse sono annoverate nel Digesto, e nel Codice (1).

DELLE AZIONI RELATIVE ALLA TUTELA ED ALLA CURA.

La tutela poteva dar luogo a parecchie azioni, cioè all'azione diretta di tutela, all'azione per le distrazioni fatte ne' conti, e all'azione contraria di tutela. L'azione diretta di tutela, che nominavasi *actio directa tutelae, o judicium tutelae*, o anche *arbitrium tutelae*, era quella, che davasi al pupillo contro il tutore, per fargli render conto della sua amministrazione, e poteva aver luogo sol quando la tutela era finita sia pel pupillo medesimo, sia pel tutore solamente. Essa si dava al pupillo, o a' suoi eredi contro il tutore, o contro i suoi eredi. Il tutore era risponsabile, per quest'azione, non pur delle frodi, che per avventura avesse commesse, ma eziandio delle colpe, ed anche della sua negligenza. Quando in seguito di quest' azione egli era convinto di frode, era notato d' infamia (2).

L' azione per le distrazioni fatte ne' conti nominavasi *actio de distrahendis rationibus*, si dava al pupillo contro il tutore, quando questi avea sottratto alcuna cosa dal patrimonio, che gli si era confidato, e non poteva aver luogo che alla fine della tutela. Essa avea per risultamento di far notare d' infamia il tutore, e farlo condannare a restituire il doppio di ciò che avea sottratto; non passava contro gli eredi del tutore, perchè essi non eran colpevoli. Non si poteva in un tempo medesimo esercitar l'azione diretta di tutela, e l' azione *de rationibus distrahendis*; chi avesse intentato l' una s' intendeva aver rinunziato all' altra (3). L' azione contraria di tutela (*actio contraria tutelae* era quella, che alla fine, della tutela davasi al tutore contro il pupillo, per farsi indennizzare di tutte le anticipazioni, che per avventura avesse fatte, e di tutte le obbligazioni che per lui avesse contratte (4).

Un' osservazione generale, e che in prosieguo più d'una volta ci dovrà servire, è, che le frasi *azione diretta*, *azione contraria* prese per contrapposto l' una all' altra dinotavano sempre, la prima un' azione in certa guisa principale, e derivante direttamente ed essenzialmente da un contratto, o da un fatto; la seconda un'azione in certa guisa accessoria, sopraggiunta posteriormente al contratto a cagione di qualche particolare circostanza. Così, nel nostro esempio per ciò solo, che vi è tutela, vi ha come una conseguenza diretta ed essenziale, azione diretta di tutela, mentrecchè l'azione contraria non verrà che accessoriamente, se il tutore in prosieguo si troverà di aver fatto delle anticipazioni.

La curatela dava luogo all'azione utile di *gestione d' affari* (*actio utilis negotiorum gestorum*) data a colui che era sotto la cura, per far rendere il conto al curatore. Egli è a notare che nulla impediva d'intentar quest'azione, anche durante la cura (5) se faceva mestieri. Dall' altra parte il curatore avea, per farsi indennizzare delle sue anticipazioni l'azione contraria utile di *gestione d' affari* (*actio contraria utilis negotiorum gestorum*). E qui pure si noti che l'espressione *azione diretta* si adoperava eziandio per contrapposto ad *azione utile*, ed allora avea un senso al tutto diverso da quel che sopra abbiamo accennato. Essa dinotava un' azione derivante direttamente dalla legge, mentrechè per *azione utile* s' intendeva un' azione, che l' equità e l' utilità solamente aveano fatto introdurre per analogia d' un azione esistente nel diritto. Così, nel nostro esempio, l' azione diretta *negotiorum gestorum* è quella che lo stesso dritto civile concedeva per far rendere il conto a colui che volontariamente ed all' insaputa d'un proprietario s' era messo a governare gli affari di lui. Il curatore non era assolutamente in questa condizione, giacchè non per sua sola determinazione avea intrapreso il maneggio degli affari; dunque non si avea realmente contro di lui l' azione diretta di *gestione d'af-*

(1) *D. 27, 1, e. C. 5, 62, de excusationibus.*
(2) *D, 27, 3, f. 4, pr, §§. 16, e 17:* — Vedi ancora. *C, 5, 51; 2.*
(3) *D. 27, 3, fr. 1, §§. 19, e seg, fr. 2.*
(4) *Ivi 4, §, 3, e 16, § 1. — D. 26. 7. 26.*
(5) *D, 27; 4, 1, § 2. f. Ulp.*

fari; ma per analogia, e per utilità si dava un'azione quasi a questa somigliante, *actio utilis negotiorum gestorum*. A questa materia si può anche riferire il beneficio dato dal pretore per farsi rimettere nello stato primiero (*restitutio in integrum*), a cagione dell'età. Quando un minore di 25 anni, il quale avea operato con l'autorità del tutore, o col consentimento del curatore, ovvero da se solo, essendo pubere, avea risentito danno in un affare valido, secondo il diritto, egli potea nondimeno ricorrere al pretore per farsi da lui restituire in intero, vale a dire farsi rimettere nel suo primo stato, come se l'affare non avesse avuto luogo, e ciò dicevasi *restitutio in integrum*. Del rimanente il pretore non la dava se non conosciuta la causa, e quando era certo d'esservi stato un pregiudizio assai grave (1).

Eran comuni alla tutela ed alla cura l'azione di stipulazione (*actio ex stipulatu*) contro coloro ch'erano entrati mallevadori pel tutore, o pel curatore; l'azione sussidiaria contro i magistrati; e da ultimo l'accusa diretta contro il tutore o curatore, a fin di farli rimuovere come sospetti. Noi seguendo il testo or ci facciamo a trattare più particolarmente di cosiffatta accusa.

TITULUS XXVI.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS VEL CURATORIBUS.

TITOLO XXVI.

DEI TUTORI O CURATORI SOSPETTI.

L'accusa di sospetto intentata contro un tutore, o curatore non era un' accusa criminale propriamente detta: essa non avea per iscopo di far infligere al colpevole una pena pubblica, ma il suo fine principale era un interesse civile, quello di difendere la fortuna del pupillo, rimovendo alcuno, che avrebbe potuto menarla a male. Egli è vero ch'essa traeva talvolta l' infamia, ma questo effetto era comune a parecchie altre azioni civili, come sarebbe a dire, quella di tutela, di deposito. Da ciò segue che quest' accusa non apparteneva alle giurisdizioni criminali, ma solamente alle civili, ne segue ancora che dopo finita la tutela o la cura, l' accusa non poteva più essere ammessa; perciocchè non avrebbe avuto più scopo. Dall'altro lato quest' accusa differisce dalle azioni civili, e si accosta alle accuse criminali in questo senso: che non la parte solamente che vi ha interesse, ma qualsivoglia altra persona ha il diritto di intentarla; e che vi si procede per via di libello accusatorio, e non per via di dimanda al giudice.

Sciendum est, suspecti crimen ex lege Duodecim Tabularum descendere.

L'accusa del sospetto discende dalla legge delle Dodici Tavole.

I. ***Datum est autem jus removendi tutores suspectos Romae praetori, et in provinciis praesidibus earum, et legato proconsulis.***

1. Ed è data autorità di rimuovere i tutori sospetti in Roma a' pretori, e nelle provincie ai presidenti, ed al legato del viceconsole.

Questo diritto appartiene loro come affare civile, estendendosi la loro giurisdizione alle cause di siffatta natura. Noi abbiamo spiegato qual'era il legato del Viceconsole (*Hist. du droit*, n. 43).

II. ***Ostendimus qui possunt de suspecto cognoscere, nunc videamus, qui suspecti fieri possunt. Et quidem omnes tutores possunt sive testamentarii sint, sive non, sed alterius generis tutores. Quare et si legitimus fuerit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? Adhuc idem erit dicendum; dummodo meminerimus, famae patroni parcendum, licet ut suspectus remotus fuerit.***

2. Abbiamo dimostrato chi possa giudicar di sospetto, vediamo ora quali possano esser avuti a sospetto. Possono esser sospetti tutti i tutori siano testamentari o nò, o di qualunque altra sorte fosse anche un tutore legittimo. E se fosse il padrone? Diremo il medesimo, purchè ci ricordiamo di aver rispetto alla sua fama, benchè egli sia rimosso come sospetto.

Nè i figliuoli, nè gli schiavi fatti liberi potevano dirigere contro i loro ascendenti, o padroni un' azione infamante (2). Le azioni, che aveano questa natura, doveano esserne spogliate, ed il figliuolo o il francato dovea usare dell'azione solamente per difendere i suoi interessi. Laonde quel che avea luogo in questo caso era, che l'ascendente, o il padrone veniva rimosso senz'aver nota d' infamia, ed ancora il più delle volte, secondo Modestino, bastava che gli si soggiungesse un curatore (3).

III. ***Consequens est, ut videamus qui possunt suspectos postulare. Et sciendum est quasi publi-***

(1) *D. 4, 4, e C. 2, 22. De in integrum restitutione minorum.*

(2) *D. 37, 15, 5, f. Ulp.*

(3) *D. 26, 10, 9.*

eam esse hanc accusationem, hoc est omnibus patere. Quinimo et mulieres admittuntur *ex rescripto divorum Severi et Antonini, sed hae solae, quae pietatis necessitudine ductae ad hoc procedunt, utputa mater; nutrix quoque, et avia possunt; potest et soror. Sed et si qua alia mulier fuerit, cujus praetor perpensam pietatem intellexerit, non sexus verecundiam egredientem, sed pietate productam non continere injuriam pupillorum: admittet eam ad accusationem.*

3. Vediamo ora chi può accusare i sospetti. E si ha a sapere che quest' accusazione è *quasi pubblica*, cioè aperta a ciascuno. Anzi *fino alle donne sono ammesse*, per rescritto de' divini Severo ed Antonino, ma quelle sole che accusano mosse da necessaria pietà, come sarebbe a dire la madre, la nutrice, l' avola, ed eziandio la sorella; e se fuor di queste vi sarà qualch'altra donna, che il pretore vegga, non uscendo de'termini dell' onestà, sia mossa a pietà, non potendo sostener l'ingiuria dei pupilli, egli l'ammette all'accusa.

Quasi publicam. Noi abbiam detto nel principio di questo titolo in che quest' accusa differiva da quelle, che erano realmente pubbliche, ed in che ad esse si assomigliava.

Mulieres admittuntur. In generale le donne non potevano intentar pubbliche accuse, quando volevano ottener la punizione d' un delitto commesso contro di loro, o contro qualcuno de' parenti (1).

IV. *Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare, puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere: et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt.*

4. Gl'impuberi non possono accusare i loro tutori, ma gli adulti possono accusare i loro curatori per consiglio de' loro parenti, e così rescrissero i divini Antonino, e Severo.

V. *Suspectus autem est, qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo sit, ut Julianus quoque scripsit. Sed et antequam incipiat tutelam gerere tutor posse eum quasi suspectum removeri, idem Julianus scripsit, et secundum eum constitutum est.*

5. È sospetto, chi maneggia la tutela non fedelmente, quantunque egli abbia il modo di pagare, siccome anco scrisse Giuliano. Ed innanzi che il tutore cominci a maneggiar la tutela, può esser rimosso come quasi sospetto, siccome il medesimo Giuliano scrisse, e così fu ordinato.

Se alcuno era conosciuto per uomo malvagio e di rei costumi, per la sua mala fama veniva escluso anche prima di cominciare l'amministrazione.

VI. *Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est, si ob culpam non aeque.*

6. Colui che è rimosso per sospetto, se è rimosso per frode, diviene infame, se per colpa non così.

Ogni cittadino godeva d'una dignità che a lui era propria, e dipendeva dalla sua condotta, dal suo stato, dagli onori, ond'era rivestito: siffatta dignità dicevasi *existimatio.* Essa è definita nel Digesto, *dignitatis illesae status legibus, ac moribus comprobatus* (2). La dignità o stima poteva crescere, scemare, o anche perdersi. Si perdeva totalmente da quei ch' eran privati della libertà, si scemava, per esempio quando alcuno era relegato, cacciato dal senato, o rigettato dal suo ordine in un ordine inferiore etc. Ci avea ancora delle azioni, le quali per tutta pena producevano l'infamia, cioè una grandissima diminuzione di stima (3). Di tal genere erano l'azione di tutela, l' accusa di sospetto, quando il tutore era convinto di frode. La persona notata d' infamia era colpita di parecchie incapacità. Noi avremo occasione di ritornare su tal soggetto.

VII. *Si quis autem suspectus postulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei administratio, ut Papiniano visum est.*

7. Se qualcuno è accusato come sospetto, gli è interdetta l' amministrazione, sino a tanto che si diffinisca la causa, siccome è piaciuto a Papiniano.

VIII. *Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, postea quam tutor, vel curator decesserit, extinguitur suspecti cognitio.*

8. Ma se il tutore o curatore si muore dopo cominciato la causa del sospetto, essa si estingue.

La medesima decisione dee applicarsi a tutti i casi, in cui per qualsisia cagione la tutela o la cura finisca. Noi ne abbiamo arrecata la ragione, ed è che l' accusa non avea altro scopo, che di rimuovere il tutore sospetto. Ma rimane sempre contro costui, o i suoi eredi l'azione per far rendere il conto.

IX. *Si quis tutor copiam sui non faciat, ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epistola divo-*

---

(1) *D. 48. 2. 1. f. Pomp. 2. f. Pap.*—*C. 9. 1. 12.*
(2) *D. 5. 13. 5. §. 1. f. Callist.*
(3) *Ivi §§. 2 e 3.* — Vedi spezialmente ciò che abbiamo detto a questo proposito nella *General. del dritto romano* n. 23.

rum Severi et Antonini, ut in possessionem bonorum ejus pupillus mittatur; et quae mora deteriora futura sunt dato curatore distrahi jubentur. Ergo ut suspectus removeri poterit, qui non praestat alimenta.

9. Se il tutore non si lascia vedere *per far approvare la somma degli alimenti da darsi al pupillo*, un rescritto de' divini Severo, ed Antonino dispone, che il pupillo sia messo in possesso dei beni di lui, e che, dato un curatore, le cose che per l'indugio si ridurrebbero in cattivo stato, sien vendute. Adunque chi non dà gli alimenti, potrà esser rimosso come sospetto.

Ut alimenta pupillo decernantur. La somma da spendersi annualmente pel mantenimento del pupillo non era interamente lasciata all'arbitrio del tutore. Il testatore poteva determinarla nel testamento, ma se non avesse ciò fatto, era costume che la determinasse il pretore. Questo magistrato dovea aver riguardo alla condizione, alla facoltà, all'età del pupillo; egli non dovea permettere, che si spendesser tutte le entrate; era utile che ciascun anno si facesse qualche economia. Il tutore avea il carico di far determinare questa somma, ed anche quando o dal testatore o dal magistrato si fosse determinata, se per circostanze posteriori avveniva, che la somma approvata divenisse troppo forte, il tutore avea il debito di avvertirne, perchè fosse diminuita. Se egli trasandava questi doveri, si esponeva a veder non ammesse nel conto della tutela tutte le spese, ch' egli pretendesse aver fatte pel mantenimento del pupillo. Non pertanto se queste spese, benchè non stabilite da prima, fosser moderate, dovrebbero essere ammesse (1). Il nostro testo parla del caso, in cui il tutore in cambio di fare stabilire la somma per gli alimenti, sia scomparso. Allora si vuol distinguere: se la sua assenza è stata forzata ed impreveduta, si provvederà, fino al suo ritorno al mantenimento del pupillo (2); ma se la sua assenza proviene da negligenza o mala fede, se egli si cela, o è andato via per abbandonar così gl' interessi del pupillo, si tratterà con lui presso a poco nel modo medesimo che si fa col debitore che sparisce. Come in tal caso i creditori son messi in possesso de' beni del loro debitore (3), e possono far nominare un curatore a questi beni, perchè sien venduti (4); così nello stesso modo il pupillo sarà messo in possesso de' beni del tutore, e dato incontanente un curatore a questi beni, si venderanno le cose soggette a deterioramento a fine di provvedere agli alimenti del pupillo. Oltre a questo il tutore potrà come sospetto esser rimosso (5). Sono da notare le espressioni: *copiam sui non faciat* per dire non si lasci vedere, non si presenti, ed *alimenta* per significare non solo il nutrimento del pupillo, ma tutto ciò che è necessario al suo mantenimento.

X. *Sed si quis praesens negat propter inopiam alimenta posse decerni, si hoc per mendacium dicat remittendum eum esse ad praefectum urbi puniendum placuit, sicut ille remittitur, qui data pecunia, misterium tutelae redemerit.*

10. Ma quando egli presenta e niega che si possano dar gli alimenti per rispetto della povertà, se ciò sia falso, è piaciuto che egli debba esser rimesso al prefetto della città, affinchè lo punisca, siccome è rimesso colui, che per via di danari ha racquistato, o ricomprato l'amministrazion della tutela.

Per mendacium dicat. Quì si suppone che il tutore non sparisca, ma cerchi di frodare il pupillo con mendaci asserzioni. Un frammento del Digesto vuole, che in questo caso si dieno avvocati al pupillo per contrastare ciò che il tutore asserisce. Quando a colui, che per via di danari ricompra la tutela, ciò non può altrimenti avvenire, che subordinando gl' impiegati del pretore. E però Cujacio riforma il testo in questo modo: *Data pecunia ministeriis tutelam redemerit.* Nel Digesto si legge: *Qui tutelam corruptis ministeriis praetoris, redemerit* (6).

XI. *Libertus quoque si fraudolenter tutelam filiorum vel nepotum patroni gessisse probetur, ad praefectum urbi remittitur puniendus.*

11. Parimente se si proverà che il servo francato abbia gestito con frode la tutela de' figliuoli, o de' nipoti del padrone, si rimette a dover esser punito al prefetto di Roma.

In tutti questi casi si rinvia al prefetto di Roma, perchè egli è il giudice criminale.

XII. *Novissime sciendum est eos, qui fraudulenter tutelam vel curam administrant, etiam si satis offerant, removendos esse a tutela; quia sa-*

(1) *D, 27, 2, 2. e 3. f. Ulp. — C, 5, 50.*
(2) *D, 27, 2, 6, f. Tryph.*
(3) *D. 42, 2.*
(4) *Ivi 4.*
(5) *D. 27, 2, 6, — 26, 10, 3, §. 14, f. Ulp.*
(6) *D. 26, 10, § 15, f. Ulp.*

tisdatio tutoris propositum malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem praestat.

12. Finalmente si dee sapere, che coloro i quali amministrano la tutela o la cura con frode, si debbono rimuovere, quantunque essi diano la sicurtà; poichè questa non muta il maligno proposito del tutore, ma gli dà i mezzi di dilapidar più a lungo la fortuna del pupillo.

La sicurtà per certo offre una garentia, ma questa non è interamente sicura, e d'altra parte val meglio prevenire il male, che averlo a riparare di poi.

XIII. *Suspectum enim eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit. Enim vero tutor, vel curator, quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi suspectus.*

13. E noi pensiamo che colui sia sospetto, il quale si rende tale pei suoi costumi. Perciocchè il tutore o curatore quantunque povero, ma diligente e fedele, non si debbe rimuovere come sospetto.

Si dee garentir non solo la fortuna, ma anche la morale del pupillo: e però si dee allontanare il tutore, che ha rei costumi, non altramente che quegli, il quale fraudolentemente amministra.

REASSUNTO DEL LIBRO PRIMO

(TITOLO I. A XXVI.).

DEL DIRITTO E DELLA GIUSTIZIA. DIRITTO NATURALE, DIRITTO DELLE GENTI, DIRITTO CIVILE.

Il diritto *jus* (derivato da *jussum* comando) è nella sua significazione primitiva presso i romani, ciò che è comandato, il comando legislativo, o in altre parole, la legge(*praeceptum commune*,una regola generalmente prescritta). Questo è un senso della parola al tutto materiale, ed esatta solamente se si applichi al diritto positivo., diritto legislativamente stabilito, ed in vigore.

Nell'epoca più filosofica della giurisprudenza romana i giureconsulti romani definiscono il diritto: « *quod semper aequum ac bonum est*,» quello che è sempre buono, ed equo; o considerandolo nel suo complesso: « *Ars boni et aequi* » l'arte di ciò che è buono ed equo. Questa è una definizione tutta spirituale, nella quale si ha riguardo alla ragione e non alla legge positiva; ma definizione troppo vaga, che confonde il diritto con la morale, e che d'altra parte non fa altro che porre una parola in cambio di un'altra; si ricercava che cosa è il diritto *jus*; si ricercherà che è l'equo *aequum*.

Nel progresso della filosofia moderna bisogna riconoscere che il diritto riguardato dal lato della pura ragione,e non della legge positiva è un'idea astratta difficile a definire, perchè le astrazioni non si definiscono rigorosamente. La nozione più esatta che possa darsene, secondo noi, è di dire che il diritto è un concepimento della ragione umana,dedotto dalle relazioni di uomo ad uomo, nelle quali uno ha la facoltà di esiger dall' altro un'azione, o inazione.

Checchè sia di ciò, noi quì dobbiamo prenderlo nel senso delle idee romane.

La giustizia è la volontà di sempre osservare il diritto; la giurisprudenza è la scienza di questo diritto. La prima è definita: *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*; la seconda *divinarum atque humanarum rerum notitia; justi atque injusti scientia.*

I precetti generali del diritto sono: *Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. Il diritto non sarebbe compiuto se per avventura gli mancasse un solo di questi precetti.

Il diritto si divide primamente in *diritto delle nazioni*, *diritto pubblico*, *diritto privato.*

Il diritto delle nazioni è quello che determina i diritti e le obbligazioni vicendevoli delle nazioni, nelle relazioni che hanno tra loro. Il *diritto pubblico*,quello che determina i diritti, e le obbligazioni reciproche d'una nazione, e de' membri che la compongono (*quod ad statum rei romanae spectat*). Il *diritto privato*, quello che determina i diritti, e le obbligazioni reciproche de' particolari, nelle relazioni che hanno tra loro *quod ad singulorum utilitatem pertinet*).

Il diritto privato si decompone, quanto alla sua origine, in *diritto naturale*, *diritto delle genti*, *diritto civile*. In questo senso il diritto naturale (*diritto degli esseri animati*) è quello che la natura solo ispira a tutti gli animali (*quod natura omnia animalia docuit*). Il diritto delle genti (*diritto degli uomini*) è quella parte del diritto privato, che proviene dalla natura ragionevole, e dalle relazioni comuni degli uomini, e che è applicabile così agli stranieri, come ai cittadini (*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*). Il diritto civile (*diritto de' cittadini*) è quella parte del diritto privato, che il popolo ha stabilito solo pe' suoi membri, e che non è applicabile che ai soli cittadini (*quod quisque populus ipse sibi constituit*).

Il diritto che gli uomini si han formato può esser mutato; quello che discende dalla natura delle cose è immutabile.

Il diritto privato, quanto alla forma, sotto la quale è stabilito si divide in diritto scritto, e non scritto. Il diritto scritto è quello che è stabilito dalla volontà espressa del legislatore, e si compone presso i romani di leggi o populisciti, plebisciti, senato-consulti, costituzioni imperiali, editti de' magistrati, responsi de' prudenti. Il diritto introdotto dagli editti dei magistrati, appellasi *diritto onorario o pretorio*, e per contrapposto quello stabilito dal legislatore appellasi *diritto civile*. Il diritto non scritto è quello che si è introdotto per l'uso, ed il consentimento tacito del legislatore.

Il diritto privato considerato in quanto agli obbietti, de' quali tratta riguardo le persone, le cose, e le azioni. Questa è la disposizione delle materie nel metodo dei giureconsulti romani.

DELLE PERSONE.

La parola persona (derivata da *persona*, la maschera, che portavano gli attori sulla scena drammatica) ha in diritto due sensi. Nel primo che è più ampio dinota: « Ogni essere considerato come capace d'essere il subietto attivo o passivo dei diritti; vale a dire di avere, o di dovere de' diritti ». Nel secondo, più ristretto, la parola persona dinota ciascuna parte, ciascun personaggio, che l'uomo è chiamato a rappresentare sulla scena giuridica; vale a dire ciascuna qualità, per virtù della quale egli ha certi diritti, o certe obbligazioni, la persona di padre, di figliuolo di famiglia, di marito, di tutore etc. In questo senso lo stesso uomo può avere più persone in un tempo medesimo.

Le persone, secondo l'ordine delle Istituzioni, son considerate, e divise sotto tre rapporti differenti; 1.° per rapporto alla società generale, 2.° per rapporto alla famiglia, 3.° per rapporto alla loro capacità, o incapacità.

DIVISIONE DELLE PERSONE PER RAPPORTO ALLA SOCIETÀ GENERALE.

Sotto questo primo rapporto si distinguono gli uomini in liberi, e schiavi, cittadini e stranieri, libertini ed ingenui.

Quando si tratta di giudicare dello stato d'un figliuolo da quello dei genitori, si debbono richiamare in mente queste due regole generali; 1.° nel matrimonio legittimo il fanciullo segue la condizione del padre; fuori il matrimonio legittimo, quella della madre. 2.° La condizione del padre deesi ricercare qual sia nel punto del concepimento, quella della madre nel momento della nascita. Non pertanto queste due regole van soggette a qualche eccezione.

LIBERI O SCHIAVI.

La libertà è definita: *Naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi quod vi aut jure prohibetur*; la schiavitù: *Constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.*

L'uomo libero ha il diritto di far tutto, tranne solamente quel che la legge gli vieta; lo schiavo, nulla, tranne ciò che la legge gli permette.

Si può essere schiavo per diritto delle genti (*ex captivitate*); per nascita (*ex ancillis nostris*), quì si considera lo stato della madre; per diritto civile in parecchi casi, in cui la servitù è una punizione, come quando un uomo libero maggiore di 20 anni si lascia vendere per partecipare del prezzo; ma nè la convenzione, nè la prescrizione possono rendere l'uomo schiavo.

CITTADINI, O STRANIERI.

Il titolo di cittadino da Antonino Caracalla in poi apparteneva a tutti i sudditi dell'impero, salvo certe spezie di liberti-ni. Sotto Giustiniano non vi ha eccezione niuna; il titolo di *peregrinus* non si dà più nel senso, in che una volta si usava, e si dà solamente ai popoli, che non fan parte dello stato.

INGENUI O LIBERTINI.

Ingenuo è colui che dall' istante della nascita ha stato sempre libero; il libertino è colui che ha cessato d'essere schiavo (*qui desiit esse servus*). Si è ingenuo quando si nasce di madre libera, e basta che sia libera per un solo momento della gravidanza; questa è un'eccezione alle regole ordinarie fatta in favore della libertà.

Si può *manomettere* o francare uno schiavo per modi pubblici: la *vindicta*, il testamento, la manomissione nelle chiese; e per modi privati: tra amici, per lettera, per codicillo, etc. Sotto Giustiniano non vi ha, quanto agli effetti, niuna importanza ad esser francato in un modo piuttosto che in un altro.

Sotto Augusto e sotto Tiberio alcune leggi restrinsero le manomissioni in certi limiti, come la legge *Ælia Sentia*, la legge *Furia Caninia*, la legge *Junia Norbana*.

La prima conteneva parecchie disposizioni, che quì per ordine si possono annoverare: 1.° Essa vietava di fancare uno schiavo di età minore di 30 anni altrimenti che per la *vindicta*, e con l'approvazione del consiglio; 2.° essa creava un novello ordine di libertini, i deditizii; Giustiniano l'abrogò sotto questi due rapporti; 3.° essa vietava le monomissioni fatte in frode de' creditori; questa proibizione è conservata; 4.° essa proibiva che il padrone minore di 20 anni potesse altramente manomettere che per la *vindicta* e con l'approvazione del consiglio; quest' ultima disposizione è conservata per le manomissioni tra vivi; ma per testamento, Giustiniano nelle sue istituzioni permette di francare gli schiavi a diciassette anni finiti, ed una Novella lo permette fin da che si poteva far testamento, cioè a quattordici anni.

La legge *Furia Caninia* limitava il numero degli schiavi, che era permesso di francare nel testamento; essa fu abrogata da Giustiniano.

La legge *Junia Norbana* stabiliva un terzo ordine di libertini, i Latini Giuniani; anche questa fu abrogata, e tolta ogni differenza tra i libertini, senza aver riguardo nè alla loro età, nè al modo di manomissione, nè al genere di proprietà del manomettente. Essi son cittadini; anzi in una Novella è loro conceduto anche il diritto dell'anello d'oro, e della rigenerazione; per altro non differiscono dagl' ingenui che pel diritto di padronato.

Questo diritto consiste in tre cose: 1.° doveri di riverenza (*obsequia*) che il libertino deve al padrone, come un figliuolo al padre; 2.° servigi (*operae*), che gli deve quando li abbia promessi come condizione della libertà data; 3.° diritto di successione, che il padrone ha sui beni del francato.

Diconsi *statu-liberi* gli schiavi fatti liberi, la cui libertà è sospesa per un termine o condizione.

Vi erano delle azioni destinate a sostenere, che un uomo era libero, o schiavo, ingenuo, o libertino; esse doveano intentarsi innanzi a' magistrati superiori; ed a queste si dava in nome di *azioni pregiudiziali*, che applicavasi pure ad alcune altre azioni.

DIVISIONE DELLE PERSONE RELATIVAMENTE ALLA FAMIGLIA.

Que' che compongono la famiglia sono o *sui juris* padroni di loro stessi, o *alieni juris* soggetti al potere altrui.

Per famiglia (*familia*) s' intende in un senso speciale una sola casa, cioè il capo e tutte le persone che a lui son soggette; in un senso generale le diverse case, che avendo una medesima origine, e discendendo da un capo comune formano, per la loro riunione una grande famiglia, benchè ciascuna di esse sia governata da un capo diverso.

Le persone *sui juris* prendono il nome di *pater familias* per gli uomini, (*qui in domo dominium habet*), e di *materfamilias* per le donne.

Le persone *alieni juris* erano anticamente o in *potestate*, o in *manu*, o finalmente in *mancipio*; ma sotto Giustiniano il potere detto *manus*, e *mancipium* non é più.

La parola *potestas* dinota il potere del capo sugli schiavi, o sui figliuoli.

POTESTA' DEL PADRONE SUGLI SCHIAVI.

La potestà sugli schiavi si estende alla persona, ed a' beni. Quanto alla persona lo schiavo è come una cosa per rispetto ai diritti di proprietà del suo padrone: egli può esser venduto, donato, dato in legato; ma il diritto di vita e di morte non è più riconosciuto. Secondo un rescritto di Antonino Pio il padrone che uccide il suo schiavo è punito come omicida; quegli che usa crudelmente de' suoi schiavi è astretto a venderli a buone condizioni. Relativamente ai beni, quanto à, o acquista

lo schiavo tutto è a guadagno del padrone; questi talvolta gli lascia il godimento d'un peculio.

POTESTA' PATERNA.

Il potere sui figliuoli egli è di molto raddolcito. Quanto alla persona, il padre non ha più nè il diritto di vita e di morte, nè il diritto di esposizione; egli non può vendere i figliuoli che all'uscire dal seno materno, e quando vi sia astretto da miseria estrema. Il suo potere paterno è r dotto ad un semplice diritto di correzione domestica. Quanto ai beni, la legislazione ha ammesso successivamente diversi peculî, su dei quali il figliuolo ha de' diritti di proprietà più o meno estesi.

La potesta paterna si acquista o per giuste nozze, o per via di atti che legittimano i figliuoli naturali, o per l'adozione.

GIUSTE NOZZE; CONCUBINATO; STUPRUM; CONTUBERNIUM.

Le nozze in generale *nuptiae* (*matrimonium*) sono l unione dell' uomo e della donna, con l'obbligo di vivere in una società indivisibile (*viri et mulieris conjunctio, individuam vitae consuetudinem continens*); le giuste nozze (*justae nuptiae justum matrimonium*) son le nozze di coloro, che si uniscono secondo le prescrizioni delle leggi (*qui secundum praescripta legum coeunt*).

Le giuste nozze producono la potestà paterna sui figliuoli, e sulle figliuole che ne nascono, e sui discendenti per via di maschi.

Per esser giuste nozze si richiede la pubertà, il consenso, ed il *connubium*. La pubertà è fissata a dodici anni per le donne, e quattordici per gli uomini. Il consenso è necessario da parte degli sposi, del loro capo di famiglia, e se si tratta d'un nipote nato da figlio, da parte non solamente dell'avolo, ma eziandio del padre. Il *connubium* è la capacità relativa, che i due futuri conjugi debbono avere per congiugnersi tra loro.

Gl'impedimenti al *connubium*, e per conseguente alle giuste nozze provengono dalla qualità di straniero in uno degli sposi, dalla parentela, dall'affinità, o da alcune altre cagioni particolari.

La parentela ha il nome generale di *cognazione*. Essa proviene alcune volte dall'uno e dall'altro. La cognazione naturale ritiene il nome di cognazione propriamente detta, ed è il legame tra persone unite pel sangue e che discendono o l'una dall'altra, o tutte da uno stipite comune. La cognazione civile ha pure il nome generico di cognazione, ma specialmente è detta *agnazione*, ed è il legame tra le persone che son membri della medesima famiglia civile. L'affinità è il legame, che il matrimonio stabilisce tra le due cognazioni de' conjugi.

La celebrazione delle giuste nozze non è per regola generale soggetta ad alcuna formalità legale; basta che vi sia consentimento delle parti, e tradizione della donna. Nondimeno talvolta si forma un atto sia per comprovare le nozze, (*nuptiales tabulae, nuptialia instrumenta*), sia per le convenzioni relative a' beni (*instrumentum dotale*).

Alle giuste nozze possono precedere gli sponsali: così chiamasi la vicendevole promessa delle future nozze (*sponsio, et repromissio nuptiarum futurarum*). Esse non danno alcun' azione per costringere al matrimonio.

Le giuste nozze si disciolgono per la morte di uno de' consorti, per la perdita della libertà, o de' diritti di città, per la cattività, e pel divorzio. La donna non può rimaritarsi se non dopo l' anno del corruccio.

Le nozze contratte in opposizione alle leggi son nulle e di niun effetto; i figliuoli son considerati come nati di padre incerto (*spurii*), la dote è confiscata, ed i colpevoli puniti secondo le leggi, se vi ha incesto o bigamia.

Il concubinato è il commercio lecito di un uomo ed una donna senza che tra loro vi sia matrimonio (*licita consuetudo causa non matrimonii.*)

I figliuoli che ne son nati hanno un padre noto, ma non sono sotto la potestà paterna, ed appellansi figliuoli naturali (*naturales liberi*)

Ogni commercio illecito dicesi generalmente *stuprum*, i figliuoli che ne son nati sono *spurii*, senza padre noto.

L'unione degli schiavi (*contubernium*) è abbandonata al diritto naturale.

LEGITTIMAZIONI.

Gli atti pe' quali i figliuoli naturali possono esser legittimati, e per conseguenza ridotti sotto la potestà paterna sono:

1.° Il susseguente matrimonio del padre e della madre;

2.° L'oblazione alla curia; ma in queste

caso il figliuolo non entra nella famiglia, ed acquista de' diritti solamente rispetto al padre.

3.° Per rescritto del principe.

4.° Per testamento.

Questi due ultimi modi son introdotti per le Novelle di Giustiniano.

L'effetto prodotto da questi diversi atti si è chiamato legittimazione. È necessario che i figliuoli che si vogliono legittimare vi consentano, e per lo meno non vi facciano opposizione.

ADOZIONI.

Vi ha due sorte di adozioni: l'adozione propriamente detta, e l'arrogazione. Esse differiscono per le persone alle quali si applicano, per la forma, e per gli effetti.

Nell' arrogazione si adotta un capo di famiglia *sui juris*; nell'adozione un figliuolo di famiglia *alieni juris*. Una volta eravi anche questa differenza, che gl'impuberi, e le donne non potevano essere arrogati ma sibbene adottati; ma da Antonino in poi l'arrogazione degl' impuberi è permessa con talune condizioni, e sotto Giustiniano si ammette pure quella delle donne.

L' arrogazione si fa per rescritto del principe (*principali rescripto*); l'adozione per autorità del magistrato (*imperio magistratus*).

Così l' arrogazione, come l' adozione aveano un tempo per iscopo di dare sull' adottato la potestà paterna, ma sotto Giustiniano i loro effetti per ordinario son diversi: L'arrogazione produce sempre la potestà paterna; l'arrogato passa sotto l'arrogatore con tutt' i suoi beni, ed i figliuoli, se ne ha. Quanto all'adozione, si dee distinguere: se l'adottante è un ascendente (*non extraneus*), si acquista la potestà paterna; se è una persona estranea, l' adottato acquista solamente de' diritti di successione *ab intestato*.

Del resto si può adottar qualcuno per figliuolo, o per nipote. In quest' ultimo caso si può indicare uno de' propri figliuoli come padre del nipote adottivo (*quasi ex filio*), o non indicarne alcuno (*quasi incerto natus*); l' adozione allora produce degli effetti diversi quanto ai gradi di parentela, e per conseguente quanto agl' impedimenti del matrimonio, ed a tutti i diritti di famiglia.

Le qualità e condizioni necessarie così per l' adozione, come per l' arrogazione son queste: L'adottante dee avere la piena pubertà di più che l'adottato; osservata questa regola egli può adottare qualunque sia la sua età; nondimeno l' arrogazione non si permette facilmente a colui che ha meno di 60 anni, o che ha già dei figliuoli; Gl'impotenti possono adottare, i castrati no; Le donne nol possono, salvochè non ne abbian la facoltà dal principe, per conforto de' figliuoli, che avran perduti; Una persona può essere adottata in qualunque età; Gli schiavi fatti liberi non possono da altri essere adottati che da' loro padroni; Gli schiavi da niuno. Oltre a questo si richiede il consentimento delle parti; nondimeno rispetto a colui che è dato in adozione, basta ch'ei non si opponga (*non contradicente*); nell' adozione d' una persona nel secondo grado come nata dal tale figliuolo (*quasi ex filio*) si richiede il consentimento dell'avolo e del padre adottante.

L'adozione può esser disciolta o emancipando l'adottato, o dandolo in adozione ad altri. In tal caso si discioglie ogni legame nella famiglia adottiva, e l' adozione non può essere più rinnovata.

POTERE DEL MARITO SULLA MOGLIE.

La parola *manus* dinotava il potere, che il marito avea sulla moglie in alcuni casi determinati. Questo potere sotto Giustiniano non è più.

POTERE DI « MANCIPIUM » SOPRA UNA PERSONA LIBERA.

Per *mancipium* s'intendeva il potere su di una persona libera acquistata per mancipazione. Esso è come il precedente, interamente caduto in disuso.

COME SI DISCIOGLIE IL DIRITTO DI POTESTA'.

Il diritto di potesta (*potestas*) si discioglie quanto allo schiavo për la manomissione;

Quanto al figliuolo di famiglia, per alcuni avvenimenti accidentali, per un atto solenne, per talune dignità.

Questi avvenimenti sono: la morte del capo, la perdita della libertà, o solamente de' diritti della città sopravvenuta al padre, o al figliuolo; quando il padre, o il figliuolo è caduto in potere degl'inimici, la potestà paterna non si distrugge, ma si sospende solamente a cagione del diritto di *postliminium*.

Gli atti solenni sono l'emancipazione e l'adozione in taluni casi; l' una e l' altra

fan perdere al figliuolo i suoi diritti di famiglia, e non possono aver luogo contro sua volontà.

Niuna dignità fuori quella di flamine o di vestale poteva anticamente liberare dalla potestà paterna. Giustiniano nelle sue Istituzioni attribuisce questo effetto alla dignità di patrizio; e in una Novella, a tutte le dignità, che liberano dalla curia. Il figliuolo che in questo modo vien liberato, non perde i suoi diritti di famiglia.

Il potere del marito *manus*, e quello del padrone sull'uomo libero dato in mancipazione (*mancipium*), potevano anche disciogliersi per certi modi, che sotto Giustiniano non è più necessario esaminare.

Vi ha delle azioni relative ai diritti di famiglia date o alla moglie o al marito, o al figliuolo nello scopo o di far riconoscere, o di negare la paternità, la legittimità, o la potestà paterna. Siffatte azioni si annoverano tra quelle che son dette *pregiudiziali*; ve ne avea delle altre relative ai diritti provegnenti dalla *manus* o dal *mancipium*.

DIVISIONE DELLE PERSONE RELATIVAMENTE ALLA LORO CAPACITA' O INCAPACITA'

Alcune cause generali, o particolari possono rendere le persone incapaci di governarsi, o difendersi da se. Nel primo caso si pongono in tutela, nel secondo in curatela; ma solo le persone *sui juris* possono essere in tutela o in curatela, giammai quelle che sono *alieni juris*.

DELLE TUTELE.

Una volta davansi de' tutori alle donne qualunque fosse la loro età, ed agl'impuberi. Sotto Giustiniano rimane solo la tutela degl'impuberi.

Essa si definisce: *vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui per aetatem se ipse defendere nequit, jure civili data, ac permissa.*

TUTELA TESTAMENTARIA.

Dicesi tutela testamentaria (*testamentaria tutela*) quella che è data per testamento.

Chi ha il diritto di dare un tutore per testamento? Il padre di famiglia solamente, e lo ha per effetto della sua potestà paterna; quindi egli può diseredare il figliuolo, e ciò non ostante dargli un tutore.

Chi può ricevere un tutore testamentario? I figliuoli soggetti alla potestà del capo, e che dopo la sua morte debbono trovarsi *sui juris*, ed impuberi: tra questi si debbono comprendere i postumi in certi casi. I figliuoli emancipati nol possono ricevere; pur nondimeno la nomina fatta dal padre debb'esser confermata dal magistrato senza inquisizione.

Chi può esser nominato tutore testamentario? I cittadini soli, coi quali il testatore ha la *fazione del testamento*, e neppur tutti son capaci di esser tutori: le donne son incapaci, gli schiavi, i pazzi, i minori di 25 anni non son capaci che pel tempo in cui saran divenuti liberi, sani di mente, maggiori di 25 anni.

Come si può fare la nomina? Prima o dopo l'istituzione di erede; puramente e semplicemente, a termine o sotto condizione; si possono nominare più tutori, ma non si può nominare un tutore incerto, nè per un affare speciale.

TUTELA LEGITTIMA.

Dicesi tutela legittima (*legitima tutela*) in generale quella che è data da una legge (*quae ex lege aliqua descendit*); più specialmente quella che deriva dalle Dodici Tavole direttamente, o per conseguenza (*quae ex lege Duodecim Tabularium introducitur, seu propalam, seu per consequentiam*).

Questa sorta di tutela ha luogo quando manca la tutela testamentaria, o perchè non ve ne sia stata, o perchè sia cessata di pieno diritto prima della pubertà del pupillo.

Nel senso speciale della parola, la tutela degli agnati, quella del padrone, e dei suoi figliuoli sono rigorosamente le sole tutele legittime. La prima viene direttamente dalla legge delle Dodici Tavole, la seconda ne viene per conseguenza. Il padre emancipante, per fare onore alla sua qualità, viene altresì considerato come tutore legittimo.

TUTELA LEGITTIMA DEGLI AGNATI. DIMINUZIONE DI CAPO.

Gli agnati dalla legge delle Dodici Tavole son chiamati alla tutela, purchè sieno capaci di amministrarla, nello stesso ordine che vengono alla successione; di quì la regola: *Ubi emolumentum successionis, ibi et onus tutelae.* Se vi sono più agnati nel medesimo grado, la tutela appartiene loro in comune.

A questo proposito le Istituzioni esaminano ciò che intendesi per *agnati*, e per *cognati*, come si perdono i diritti di *agnazione* e *cognazione*.

Lo stato di cittadino romano si compone di tre elementi costitutivi: la libertà, la cittadinanza, la famiglia. Tre mutamenti distinti possono avvenire in questo stato, secondo che l'uno e l'altro di questi elementi si viene ad alterare. Questi mutamenti di stato son detti *diminuzione di capo* (*est capitis diminutio prioris status mutatio*).

Se si perde il primo elemento (*libertas*) tutti gli altri son perduti, lo stato di cittadino è interamente distrutto; in questo caso vi è gran diminuzione di capo (*maxima*).

Se si perde il secondo elemento (*civitas*), si perde eziandio la famiglia, lo stato di cittadino romano è distrutto, non rimane che la qualità d'uomo libero; questa è la minore o media diminuzione di capo (*minor vel media*).

Se si perde solamente il terzo elemento (*familia*), non si distrugge per questo nè la qualità d'uomo libero, nè lo stato di cittadino romano, anzi non si perde la propria famiglia che per acquistarne un'altra, lo stato della persona rimane solamente modificato (*status dumtaxat hominis mutatur*); questa è la piccola diminuzione di capo (*minima*).

Siffatti mutamenti producono sull'agnazione e sulla cognazione questi effetti: il legame dell'agnazione in se stesso, ed i diritti che da essa provengono si distruggono per qualsivoglia diminuzion di capo; il legame naturale della cognazione non si discioglie per veruna diminuzione; i diritti civili che vi sono annessi periscono per la grande e media, non già per la piccola.

TUTELA LEGITTIMA DE' PADRONI.

Il padrone ed i suoi figliuoli son chiamati indirettamente dalla legge delle Dodici Tavole alla tutela del francato impubere, perciocchè questa legge li chiama alla successione.

TUTELE FIDUCIARIE.

Dicevansi tutele fiduciarie (*tutelae fiduciariae*) quelle che l'uso faceva conferire per imitazione delle tutele del padrone e de' suoi discendenti, a certe persone sui fanciulli emancipati prima della loro pubertà, e si chiamavano fiduciarie, perchè erano la conseguenza di mancipazioni finte fatte con una *clausola di fiducia*, per obbligare il finto compratore o a francare egli stesso il fanciullo, o a rimanciparlo al suo padre.

Queste tutele erano:

1.° Quella del finto compratore, quando in esecuzione della clausola di fiducia avea egli stesso fatto libero il fanciullo:

2.° Quella del padre emancipante, e de' suoi figliuoli dopo la sua morte quando il fanciullo era stato remancipato al padre, e da lui liberato. Tuttavia in quest'ultimo caso il padre emancipante per deferenza, ed affinchè non si avesse per lui meno riverenza che pel padrone, si riguardava come tutore legittimo, e non fiduciario.

Sotto Giustiniano non usandosi più le simulate emancipazioni, non è più in voga la prima di queste tutele; rimane la seconda, cioè quella de' figliuoli del padre emancipante, ed è la sola che abbia ritenuto il nome di tutela fiduciaria.

TUTELE DATE DA' MAGISTRATI.

Dicesi tutela data da' magistrati (*tutela a magistratibus data*) quella che si dà per la scelta fattane da taluni magistrati.

Si ha ricorso a questa tutela:

1.° Quando non vi è assolutamente alcun tutore nè testamentario, nè legittimo;

2.° Quando la tutela testamentaria è sospesa o interrotta per qualsivoglia cagione:

3.° Quando il tutore testamentario o il tutore legittimo si scusa, o è destituito.

Le prime leggi che riguardano questo genere di tutela sono per Roma la legge *Atilia;* per le province, la legge *Julia*, e *Titia*, onde son venuti i nomi di *tutor Atilianus* e quello di *tutor Juliotitianus* indicati da Teofilo.

Questi tutori sotto Giustiniano son nominati in Costantinopoli dal prefetto e dal pretore, ciascuno secondo la propria giurisdizione, e con inquisizione; nelle province, quando la facoltà del pupillo eccede 500 soldi, son nominati da' presidenti con inquisizione; quando non eccede questa somma, son nominati da' magistrati particolari della città, che li nominano, senza inquisizione, ma con la sicurtà

La nomina può comprendere più tutori; ma non può esser subordinata ad un termine, o condizione.

LIBRO SECONDO

TITULUS I.

DE RERUM DIVISIONE.

TITOLO I.

DELLA DIVISIONE DELLE COSE.

Non vi è parola che con tantà flessibilità si presti ai diversi capricci del linguaggio, quanto quella di *res* in latino, cosa in italiano. Questa pieghevolezza si è in parte estesa fin nella lingua del diritto. Facciamoci pertanto a determinare il senso legale della parola.

L'uomo rapportando a se tutto ciò che esiste; considerando tutti gli oggetti qualunque sieno, animati o inanimati, in quanto son sottoposti, o almeno destinati ai suoi bisogni, e a' suoi piaceri, e possono per conseguente formar per lui l'obbietto di un dritto, ha dato ad essi il nome di cose (*res*). Questo è il senso *originario*, e *positivo*. In questo senso presso i popoli che riconoscono la schiavitù, gli schiavi uomini degradati, destinati a' bisogni, e divenuti l' obbietto de' dritti di altri uomini, son posti nel novero delle cose.

Sulla maggior parte di questi obbietti reali la legge ha dato de' diritti ad esercitare; questi diritti considerati come obbietti convenzionali, di cui gli uomini possono disporre, che son destinati a' loro bisogni, e che possono per conseguenza divenire alla lor volta l'obbietto di altri diritti, hanno anch' essi dalla legislazione romana ricevuto il nome di cose (*res*); questo è il senso *improprio e figurato*.

E però in diritto romano per cose s' intende qualunque oggetto corporale considerato come sottoposto, o almeno destinato all'uomo, e qualunque dritto che su questi oggetti la legge concede (1).

Le persone sono tutti gli esseri umani, o di pura creazione giuridica, considerati in quanto possono essere il *subbietto* attivo o passivo de' diritti.

Le cose son tutti gli oggetti corporali, o di pura creazione giuridica, considerati in quanto possono esserne l'obbietto.

Queste sono delle nozioni, che abbiamo sufficientemente spiegate nella nostra *Esposizione gen. del diritto rom.* n.°3, e 35.

Il giureconsulto non studia le cose per riconoscere la loro natura, e le loro proprietà fisiche; egli le studia per determinare i diritti, che gli uomini possono avere su di esse. Nondimeno alcune volte la prima di queste considerazioni esercita un potere diretto sulla seconda. Così la natura fisica del sole, del mare, delle sue rive, dell'aria, de' fiumi, degli animali selvatichi ha fatto stabilire i diritti ben differenti, che gli uomini posson pretendere su questi obbietti. Similmente secondo che una cosa ha una individualità distinta, ovvero forma una massa, che si estima secondo il numero, peso o misura, secondo che se ne può ritrarre un utile senza distruggerla, o dividerla, senza cambiare la sua natura, secondo che è mobile, o no, variano i dritti di cui essa è l' obbietto. Ecco dunque tante proprietà corporali, alle quali il giureconsulto deve aver riguardo. Queste considerazioni generali non appartengono specialmente alla legislazione romana; esse serviranno a ben indicare il rapporto, sotto il quale le cose debbono esser riguardate. Le principali questioni a risolvere son queste: Quali sono le diverse specie di cose che distinguono i giureconsulti? Quali sono i differenti diritti, di cui le cose possono esser l' obbietto? Come si acquistano, e si perdono questi dritti?

L'impronta particolare del popolo romano fu impressa su questa parte del diritto, non altramente che su tutte le altre, ma la forza del tempo la cancellò più compiutamente che nelle altre; poche opere ci son rimaste, perchè noi la possiamo riconoscere. D'altra parte l'attenzione rivolta alle persone ha stornato dallo studio delle cose, e però le nozioni storiche su questa materia son meno comuni, e più inesatte. Io profitterò del manoscritto di Gaio, e di altre fonti per istabilire alcune idee su quest'oggetto.

Delle cose all'epoca delle Dodici Tavole.

I frammenti delle Dodici Tavole giunti

(1) *D. 50. 16, 23, f. Ulp.*

sparsamente fino a noi son troppo incompiuti, per potere esser certi che questa legge conteneva espressamente una divisione delle cose. Non pertanto l'organizzazione religiosa, e l'istituzione de'pontefici pienamente in vigore a quell'epoca non ne lasciano dubitare, che non vi fossero allora delle cose solennemente consacrate agl'Iddii (*res sacrae*); similmente le numerose disposizioni di questa legge sui funerali (*Hist. du droit* pag. 102, 10.a tavola) ne rendono certi, che la legge annoverava in un ordine distinto le cose consacrate alla sepoltura degli uomini (*res religiosae*); infine la favola della morte di Remo, anche ammettendo che non abbia veruna realtà, prova almeno, per ciò solo ch'essa già esisteva al tempo delle Dodici Tavole, che le mura della città eran protette da una sanzione legale (*res sanctae*). Così quella prima distinzione di certe cose poste fuori del commercio degli uomini, e che i giureconsulti dicono *res divini juris*, rimonta all'origine della legislazione (1). Lo stesso è delle cose pubbliche (*res publicae*); e delle cose comuni, come il mare, e le sue rive (*res communes*). Quanto alla qualità di mobile, o d'immobile, che nella più parte delle moderne legislazioni è il fondamento della principale divisione delle cose, nel diritto romano non fu mai la base di alcuna divisione precisa, quantunque alcune volte si avesse riguardo a questa qualità, e la stessa legge delle Dodici Tavole avesse stabilito una differenza tra l'uso d'un fondo, e quello delle altre cose (*Hist. du droit* p. 91. 6.a tavola, e quì sop. *Esposizione Generale del diritto rom.* n. 45).

Proprietà all'epoca delle Dodici Tavole.

Io non farò parola de'differenti diritti, che si possono avere su di una cosa, ma solamente del diritto di proprietà. La legge delle Dodici Tavole non riconosceva che una sola specie di proprietà: il solo cittadino era capace di averla; lo straniero non poteva aspirarvi; questa proprietà non poteva acquistarsi, distruggersi, o trasferirsi da un cittadino all'altro se non per certi determinati avvenimenti. I giureconsulti più tardi la nominarono *dominium ex jure Quiritium*, dominio secondo il diritto de'romani, dominio romano, e quegli che l'avea fu nominato *dominus legitimus*, proprietario secondo la legge (2). Chi non avea cosiffatta proprietà, riputavasi non averne alcuna; e la legge non riconosceva i suoi diritti « *Aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur Dominus* » (3).

Maniera di acquistare, e di trasmettere il dominio romano.

È grave errore il credere, che il dominio romano secondo le Dodici Tavole non potesse acquistarsi che in un sol modo; similmente è grave errore il pensare che tra i modi di acquistar questo dominio non ve ne fosse niuno naturale. L'occupazione senza dubbio produceva questo effetto; per essa acquistavasi il bottino, e gli schiavi presi agl'inimici, di cui i romani si dicevano certamente proprietarii *ex jure Quiritium*. Io ancora mi penso, e ne addurrò fra poco le mie ragioni, che la *tradizione naturale* era ammessa in certi casi. Or se questi modi naturali di acquistare erano ammessi, essi producevano necessariamente il dominio romano, perciocchè a quel tempo non eravi altra specie di proprietà, Ma vi ha di più: ciò che serviva di tipo era un modo naturale di acquistare, l'*occupazione*; perciocchè la lancia era pe'romani il primo modo di acquistare, ed il simbolo legale del dominio secondo la legge.

Quanto ai modi civili ve ne avea parimente più d'uno, e tutti aveano un carattere. Nel primo posto va collocato il *mancipium*, di cui parlasi in un frammento

(1) Oltre le pruove qui esposte, un'infinità di passi in Cicerone, Festo, Aulo Gellio, etc. rendono certa l'esistenza di questa distinzione.

(2) *Varr. De r. r. 2. 10. n. 4.*

(3) *Gai. 2, §. 40. — Cic. 3, in Ver. 2, 12.* Comechè queste parole *jus quiritium* siano il più sovente adoperati per determinare il dominio, tuttavia esse sono generali. — Si rileva dalle regole di Ulpiano *(tit. 3, §. 1, 2 e seg.)* e dalle istituta di Gaio *(3, §§. 72 e 73)*, che sono sinonimi di *jus civitatis*. — Cicerone le adopera per significare la libertà secondo il diritto civile romano. « *Qui enim potest jure Quiritium liber esse is, qui in numero quiritium non est?* (Cicer. *pro Caecina c. 33.*); Ulpiano per determinare la potestà paterna, distinguendola dal diritto di dominio, si serve a tal uopo di questi notevoli sinonimi, *ex jure romano, ex lege Quiritium*: « *Si quis ita petit filium suum in potestate* ex jure romano, *videtur mihi Pomponius consentire, recte eum egisse; ait enim, adjecta causa* ex lege Quiritium *vindicare posse* » *(Dig. 6, 1, 7, § 2, f. Ulp.)*. Infine anche le istituzioni di Giustiniano: « *jus quo Romanus populus utitur, jus civile Romanorum appellamus, vel jus Quiritium, quo Quirites utuntur* » *(Inst. 1, 2, §. 2)*. Così, *jus civitatis, jus civile romanorum, lex Quiritium*, o *jus Quiritium*, sebbene con gradazioni diverse, hanno tutte uno stesso senso generale.

delle Dodici Tavole (*Hist. du droit* p. 91. 6 a tavola). Quest'atto era un' alienazione solenne, la quale non poteva aver luogo che tra cittadini romani, innanzi a testimoni cittadini, con una bilancia, un pezzo di metallo, e pronunziando delle parole che formavano la legge delle parti. Non si può far a meno di riconoscere in esso le primitive vendite di un popolo, che misura il metallo a peso (1), che tiene per nulla gli stranieri, e che, salvo il combattere, crede non dover con essi avere alcun' altra relazione. Col mezzo di questa solenne alienazione il capo di famiglia vendeva le persone soggette alla sua potestà, ed il marito acquistava il dominio della sua donna. Il nome di *mancipium*, che dinotava l'atto, fu ancora per figura di lingua adoperato a significare il diritto che esso produceva (2), e quindi si disse aver cosa in *mancipio* per dire, averla in suo dominio.

Ma è egli vero che la tradizione al tempo delle Dodici Tavole dovea sempre esser accompagnata dalle formalità del *mancipium*, e che fatta semplicemente non poteva in niun caso dare il dominio? Egli è fuor di dubbio che riguardo ad alcuni oggetti importanti, come gli schiavi, i fondi rustici, il proprietario facendo la tradizione senza formalità, comechè con l' intenzione di trasferirne la proprietà, non la trasferiva punto, e non cessava d'esserne il solo proprietario. Ma applicavasi veramente questo rigore di forma agli oggetti di consumo, a quelle cose che si comprano alla giornata, come le vesti, il vino, le derrate necessarie al nutrimento? Ciò è ben difficile a credere. Certamente quando la bilancia, ed il metallo avevano un uso reale, quello cioè di pesare il prezzo, doveano adoperarsi necessariamente in tutte le compre, ma quando si ridussero ad esser non altro che un simbolo, quando l'uso, e le leggi vi aggiunsero la necessità di più testimoni cittadini, e di parole sacramentali, queste formalità divenute legali non si dovettero ricercare per le piccole vendite o tradizioni, delle quali ho fatto menzione (3).

Un altro modo civile di acquistare il dominio romano èra l'uso, espressione alla quale quì bisogna attribuire il senso di possesso (*usus, usus auctoritas*) (4). Quando una cosa era trasmessa da alcuno che non ne era proprietario, ovvero quando era stata consegnata naturalmente, ne'casi in cui la tradizione naturale non era sufficiente, quegli, che l'avea ricevuta non ne diveniva proprietario, ma se egli ne avea goduto due anni pei fondi, un anno per le altre cose, acquistava il dominio romano per quest' uso, per questo possesso. In tal modo il marito, quando avea ricevuto la moglie per via di semplice tradizione, ne

(1) Plinio indica formalmente quest' origine: dopo aver detto che ne'primi tempi si pesava il metallo, egli aggiugne: *Qua consuetudine in his emptionibus, quae mancipii sunt, etiam nunc libra interponitur (Pl. Hist. nat. lib. 33. cap. 3).*

(2) Lucrezio 3. 984. Seneca ep. 72.

(3) L'opinione che io espongo, contraria a quella di molti gravi autori farebbe rimontare all'epoca delle Dodici Tavole, ed anche prima, la distinzione delle cose, in cose per le quali il *mancipium* era necessario (*res mancipi*), e cose per le quali la semplice tradizione bastava (*res nec mancipi*). Io confesso che non si trova la traccia indubitata di siffatta distinzione, se non negli autori posteriori (Cic. *prop. Flac. 32*), e che questi autori non ci dicono, che siffatta divisione esisteva al tempo delle Dodici Tavole, ma del pari questi non ci dicono ch'essa non esisteva. D'altra parte non si ha in certa guisa nello stesso *mancipium* l'esempio d'una cosa *nec mancipi?* Il metallo, che formava il prezzo della vendita, non era mancipato; e nonpertanto esso passava nel dominio del venditore. *Nel momento che correggo questo foglio di stampa trovo in Gaio un passo che prova positivamente, che le cose mancipi esistevano al tempo delle Dodici Tavole (G. com. 2, §. 47. — Ulp. 11, §. 27.* — (Nota della prima edizione). — Di poi tutto mi ha confermato in quest'opinione, che ormai credo non doversi più rivocare in dubbio (Ved. pure *Inst. 2. §. 41.*).

(4) Non si è generalmente di accordo sulla spiegazione della parola *auctoritas* adoperata nelle Dodici Tavole (*Hist. du droit* p. 92 6.a tavola. Il certo è che le parole *usus, auctoritas, usus et auctoritas* dinotano l'uso a fine di acquistare. Ecco il passo di Cicerone nel quale trovasi presso a poco il frammento delle Dodici Tavole: « *Quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium. Ast in lege aedes non appellantur et sunt: caeterarum rerum, quarum annuus est usus* « *(Cic. top. 4.).* Ed altrove « *Lex usum et auctoritatem fundi jubet esse biennium; at utimur eodem jure in aedibus, quae in lege non appellantur* » *(*Cic. *Pro Caes. 19.).* Se ci riportiamo a ciò che abbiamo detto innanzi (pag. 175) sulla filologia della parola *auctoritas*, si vedrà come questa parola fra gli altri significati, avendo sin da'primi tempi dinotato il fatto, la qualità d'essere la causa efficiente, l'autore (*auctor*) della creazione d'un diritto, d'una trasmissione di proprietà o di possesso; questo fatto particolarmente, questa qualità dalla parte del venditore, o la garentia contro l'evizione dovuta dall'*auctor*; segnatamente quella dovuta dal venditore (*Dig. 21. 2.* de evictionibus *76, f. Venulej.*): segue che *usus-auctoritas* nel vecchio linguaggio del diritto è il fatto, la qualità di *auctor* nell'uso, nel possesso continuato durante il tempo voluto, vale a dire la trasmissione di proprietà per l' uso, la garentia contro l'evizione che procura l'uso.

diveniva proprietario per l'uso di un anno, cioè pel possesso di un anno (p. 144).

Il dominio romano acquistavasi ancora per una cessione *in jure*. Noi non abbiamo alcun frammento testuale delle Dodici Tavole, nel quale si parli di questo modo di acquistare, nè conosciamo il nome, che in queste tavole venivagli dato (1); ma sappiamo da' *Vaticana Fragmenta*, che in esse trovavasi confermato (*Hist. du droit* p. 94 6.a tavola); e non si può non riconoscervi un'istituzione di que' primi tempi. Questo modo consisteva in un simulacro di lite innanzi al magistrato. Quegli, al quale si voleva cedere il dominio di una cosa, la rivendicava per finzione, come sua propria; quegli che voleva cederla non faceva alcuna obbiezione, ed il magistrato come se pronunziasse sul diritto, dichiarava la cosa appartenere a colui, che l'avea rivendicata. In questa guisa anche prima delle Dodici Tavole facevasi la liberazione degli schiavi, che in questo caso era detta *manumissio vindicta*, liberazione per la vinditta (*per la rivendicazione* vedi innanzi pag. 60 e 99). Io non sarei alieno dal credere che questa dicitura fosse generale, e che in tutt' i casi, ne'quali una cosa era stata ceduta, e acquistata per via di siffatta rivendicazione simulata, si dicesse essersi acquistata *vindicta*, per la vinditta.

L'aggiudicazione fatta dal giudice era un quarto modo civile di trasferire il dominio romano. Essa avea luogo quando più coeredi, e comproprietarî della medesima cosa si presentavano in giudizio per farla dividere; ovvero quando tra vicini si faceva lite per far istabilire i confini. Ciascuna delle parti acquistava il dominio romano di ciò che erale aggiudicato. Alcuni frammenti del Digesto, e parecchi passi di antichi autori provano, che questo modo di acquistare esisteva nella legge delle Dodici Tavole (2); ma non sappiamo qual denominazione allora si avesse.

Da ultimo il dominio romano acquistavasi eziandio in altri casi specialmente determinati dalla legge. Tal'era il caso del legato (quello che facevasi *per vindicationem*), pel quale le Dodici Tavole dicevano: *Uti legassit super pecunia, tutelave suae rei, ita ius esto* (3), (*Esposiz. Gener. del dritto rom.* p. 89).

Da questi determinati avvenimenti in fuori, nè il consenso delle parti, nè la stessa tradizione produceva alcun diritto di proprietà, perciocchè non conoscevasi mezzo tra l'esser proprietario, secondo il dritto de'cittadini, e non essere affatto proprietario. Cosiffatta era la legislazione delle Dodici Tavole. Essa venne modificata, quando i Romani cominciarono ad ammettere alcune private relazioni con gli stranieri: allora il dritto delle genti s'insinuò in parecchi punti. I comentarî di Gaio (libro 2), e soprattutto un titolo delle *Regole* d'Ulpiano (il titolo 19) ci danno delle nozioni precise su tale legislazione al tempo di questi giureconsulti. Ora ci faremo ad esaminare qual essa era in quest'epoca, nel che avremo a procedere sopra un terreno più sicuro, perchè abbiamo testualmente i principî, ed i termini tecnici.

Delle cose al tempo di Gaio, e di Ulpiano

La grande divisione stabilita da Gaio nel cominciare a trattar di questa materia è quella delle cose di dritto divino (*res divini iuris*), e cose di dritto umano (*res humani iuris*) (4). La prima classe comprende le cose sacre, religiose, e sante: la seconda le cose pubbliche e private. Questa divisione viene, come abbiam provato, dalle Dodici Tavole. In ciò che ne dice Gaio si ravvisano le tracce dello stato, in cui allora trovavasi il romano impero. Infatti questo giureconsulto stabilisce ancora per principio che una cosa non si può altrimenti render sacra che con l'autorità del popolo romano (*auctoritate populi romani*) (5); ma al senato spetta di rappresentare il popolo, e di dare l'autorizzazione (*senatus consulto facto*). Similmente ei distingue il suolo dell'Italia da quello delle province; il suolo d'Italia è nel dominio di ciascun cittadino che lo acquista; ma il suolo delle provincie (salvo quello che è stato ammesso alla partecipazione del diritto civile romano per la concessione del *jus italicum*) è nel dominio del popolo romano per alcune province (*provinciae populi romani*; *praedia stipendiaria*); ed in quello dell'Imperadore, per le altre (*provinciae Caesaris*; *praedia tributoria*) (*Hist. du droit* n. 57); quanto ai particolari che posseggono que-

(1) Al tempo di Cicerone questo modo di acquistare già appellavasi in *jure cessio* (*Cicer. top. 5.*).

(2) *D. 10. 2. 1. f. Gai.* — Festo parol. *Erctum* pei coeredi — *Cicer. De leg. 1. 21. Id. Nonius par. Jurgium* pei vicini.

(3) *Ulp. Reg. 11. §. 14.* — Vedi pure *Hist. du droit* p. 89. 5.a tavola.

(4) *Gai comm. 2. §. 2.*

(5) *Cicer. Pro domo.*

sto suolo, essi in certo modo non ne hanno che il possesso, ed il godimento col carico di pagare l'annuale tributo, come una specie di fitto. Di quì provenivano maggiori differenze tra i beni dell'Italia, e que' delle provincè (Ved. *Esposizione General. del dritto rom.* n. 40). Gaio in questo luogo accenna una sola di tali differenze, ed è, che in Italia i proprietarî possono pel sotterrare de' cadaveri, render religiose le loro terre, perchè queste terre a loro si appartengono; mentrechè nelle province, siccome il suolo appartiene al principe, o al popolo, così a rigore di diritto, le terre non divengono religiose per la sepoltura de' particolari; non pertanto son considerate come tali (1).

La seconda divisione stabilita da Gaio è quella delle cose corporali, ed incorporali (2).

Finalmente la terza, quella delle cose *mancipi*, e delle cose *nec mancipi*. Questa divisione è chiaramente espressa ne' giureconsulti di questo tempo. « Sono cose *mancipi*, dice Ulpiano, 1.º tutti gl'immobili in « Italia o rustici, come un podere, o urbani « come una casa; 2.º le servitù d'immobili « rustici, come i diritti di passaggio (*via*, « *iter*, *actus*), i diritti di aquedotto, ed al« tri; 3.º gli schiavi, ed i quadrupedi, *quae* « *dorso*, *collòve domantur*, che portano, o « tirano de' carichi (il che corrisponde alla « nostra espressione, bestia da soma.) Le « altre cose sono *nec mancipi*; gli elefan« ti, ed i cammelli sono in quest' ultima « classe, benchè possano esser domati *dor*« *so collove*, perchè, dice il giureconsulto, « di loro natura sono animali selvatichi (3)». A questa enumerazione fatta da Ulpiano si dee aggiugnere la riflessione di Gaio, che le cose incorporali sono *nec mancipi*, salvo le servitù non tutte, ma solamente quelle de' fondi rustici (4). Queste ultime erano per eccezione annoverate nella classe delle *res mancipi* probabilmente come più antiche, e più importanti, ed a cagione della loro utilità per l'agricoltura.

L'eredità, universalità di beni e di diritti, e per questo riguardo cosa incorporale, tuttochè comprenda de' beni corporali (ed alle volte anche considerata come persona giuridica) non era cosa *mancipi* (5). Nonpertanto noi vedremo che il patrimonio intero del cittadino, l'universalità de' suoi beni, e de' suoi diritti futuri (*familia sua, idest patrimonium suum*, dice Gaio; *familia pecuniaque*, dice la formola) era considerata capace di mancipazione, e da ciò si deduceva un mezzo indiretto di far testamento (6).

Aggiugniamo eziandio, che non solamente lo schiavo, ma l'uomo libero, il figliuolo di famiglia, la donna *in manu viri* erano considerati come *res mancipi*, perciocchè potevano esser dati in potestà di altri per via della mancipazione.

Noi abbiam notato nella nostra *Esposizione Generale del diritto Romano* num. 39, 40 e 41 la relazione che passa tra questa qualità di cosa *mancipi*, e la partecipazione del diritto civile, del diritto della città romana. Niuna cosa non può esser *mancipi*, se non partecipa al diritto civile romano: ecco perchè solo l'*ager romanus* nel principio, e poi il suol d'Italia per estensione ebbero in fatto d'immobili siffatto carattere; ecco perchè al tempo ancora di Gaio, e d'Ulpiano il suolo delle provincie n'è compiutamente privo, salvo che non si tratti di territorî, a' quali siasi conceduto il *jus italicum*; ecco ancora perchè i cammelli, e gli elefanti, il cui solo aspetto dimostra l'origine straniera non sono *res mancipi*, tuttochè sieno realmente bestie da soma.

Ma noi non ammettiam come vera la proposizione reciproca, cioè che ogni cosa, la quale è ammessa alla partecipazione del diritto civile romano, sia per ciò solo *res mancipi*. In ciò noi riguardiamo come falsa l'assimilazione fatta per intero tra la qualità di *res mancipi*, e la *partecipazione al diritto civile*. Le cose *mancipi* sono una determinata classe di cose più particolarmente designate tra quelle ammesse alla partecipazione del diritto civile romano, e soggette ad un diritto speciale per cagione di alcune considerazioni sulla loro natura o sulla loro importanza. Non pertanto i giureconsulti romani, che noi conosciamo, non danno alcuna regola generale per determinare quali sono le cose *mancipi*, ma ne fanno solamente l'enumerazione (7).

Quanto alla differenza di diritto, che era

(1) *Gai comm. 2, §. 1 fino a 12 e 21.*
(2) *Gai 2. §. 12. a 15.*
(3) *Ulp. Reg: 19, 1. — G. 2, 25 e seg.*
(4) *Gai, 2. 17.*
(5) *Gai 2. §. 34.*
(6) *Gai 2. §§. 102, e 104.*

(7) Si può osservare: 1.º che tutte le cose *mancipi* senza eccezione, sono cose conosciute da' primi tempi fino all' incorporamento dell' Italia nella Città, e comprese nella partecipazione al diritto civile; 2.º che tutte senza eccezione sono cose che non si consumano per l'uso; ma che la proposizio-

tra le cose *mancipi*, e le cose *nec mancipi*, essa consisteva principalmente in ciò che le cose *mancipi* non potevano trasferirsi in proprietà per la sola tradizione; ma si richiedeva necessariamente la mancipazione; o alcun altro modo legale, mentre per le cose *nec mancipi* corporali bastáva la tradizione naturale; secondariamente in ciò, che le cose *mancipi* essendo in generale più preziose, la loro alienazione era vietata in parecchi casi, ne'quali quella delle cose *nec mancipi* era permessa. Così per esempio le donne soggette ad una tutela legittima non poteano alienare le cose *mancipi* senza l'autorizzazione del loro tutore (p. 27-182) (1).

Proprietà al tempo di Gaio, e d'Ulpiano.

Allato al dominio romano, il solo che fosse riconosciuto dalla legge delle Dodici Tavole, si viene in questo tempo a collocare una specie particolare di proprietà introdotta dal diritto delle genti per temperare il diritto rigoroso. « Io debbo avvertire, dice Gaio, che presso gli stranieri il dominio è uno: o si è proprietario, o no. Lo stesso diritto era una volta stabilito appo i romani, o si era proprietario, secondo la legge romana, o non si era proprietario affatto; ma dipoi il dominio fu diviso per modo, che uno potea avere la proprietà romana d'una cosa, ed un altro potea averla ne' beni (*in bonis habere*) » (2). Qual'è il tempo preciso in cui siffatta distinzione fu ammessa? Non si sa; ma esso debbe certamente riferirsi all'introduzione del diritto delle genti, dopo la conquista della Italia.

Il dominio romano appellasi *dominium ex jure Quiritium*, l'altra proprietà particolare non ha in latino alcun nome speciale, ma vien dinotata per l'espressione del fatto: la cosa è ne' beni (*in bonis*) (3).

Si ha il dominio romano, quando la cosa si è acquistata conformemente alle regole del diritto civile, si ha semplicemente la cosa *in bonis*, quando il modo per cui s'è acquistata non è nel novero di quelli, che il diritto civile riconosce come atti a produrre la proprietà. Se per esempio voi ricevete una cosa *mancipi* per la mancipazione o per qualsiasi altro modo legale, una cosa *nec mancipi* per la semplice tradizione o per qualsivoglia altro modo legale, voi acquistate il dominio romano, ma se ricevete una cosa *mancipi* per la semplice tradizione naturale, questa tradizione, che nel diritto primitivo non avrebbe prodotto alcun effetto, in quest' epoca porrà la cosa ne' vostri beni (*in bonis*) (4). Forse vi erano anche altri casi, ne' quali questo effetto si produceva.

Il dominio romano, ed il possesso della cosa *in bonis* non davano gli stessi diritti. Quando il dominio romano era intatto, cioè

---

ne reciproca non è punto vera; 3.° che in fatti in quest'ultima classe non si ritenevan per cose *mancipi* se non quelle che si distinguevano specialmente l'una dall'altra, e che aveano comunemente più di valore, e di utilità. Le ragioni di queste particolarità sono le seguenti: 1.° dopo l' incorporamento dell' Italia, il diritto di Città non fu più comunicato ad alcum territorio se non per eccezione, con la concessione del *jus Italicum*; del resto niun altro oggetto non fu posto nel novero delle cose *mancipi*, perciocchè in questo tempo essendosi introdotto il diritto delle genti, ed avendo raddolcita la legislazione primitiva, si diè maggiore estensione alla semplice tradizione; 2.° le cose *mancipi* non potevano esser tra quelle che si consumano con l' uso, perciocchè siccome le cose di consumo si usano alla giornata, si trasmettono da uno all' altro in ogni momento, e si stimano dal numero, peso, o misura, e non già individualmente, così per siffatte cose sarebbero state ragionevolmente impraticabili le formalità della mancipazione; 3.° fra le cose che non si consumano con l' uso si erano scelte quelle soltanto che spezialmente si distinguevano l'una dall'altra, perchè era mestieri che i testimoni della mancipazione potesser riconoscere la cosa, ed attestare che dessa era quella che erasi mancipata alla loro presenza; 4.° infine generalmente si eran trascelte quelle che aveano più di valore, o utilita perchè per le cose meno preziose non era necessario di ricorrere a solennità tanto rigorose. Per siffatte osservazioni agevolmente si può intendere, perchè non si annoveravano tra le cose *mancipi*: 1.° gl' immobili fuori d'Italia, tuttochè potessero aver molto valore; i cammelli, gli elefanti, benchè fosser bestie da soma; essendo tai cose escluse dal diritto civilè, il carattere di cose *mancipi* non poteva ad esse appartenenze; 2.° l'oro, l'argento, tuttochè preziosissimi, perchè si valutano secondo il fino ed il peso; 3.° le perle e le pietre preziose qualunque fosse il loro valore, perchè queste in generale non possono ben distinguersi l'una dall'altra; 4.° i cani, gli animali selvaggi addimesticati, benchè potessero sovente distinguersi l'uno dall'altro, e non potessero riguardarsi come cose di consumo, perchè la loro utilità era men grande, o meno comune. Quanto ai beni posti nelle province, non si vuol dimenticare quest'altra considerazione, che il suolo delle province, era riputato appartenere al popolo romano, o all'imperadore, e non ai possessori, i quali si riputavano di aver soltanto una specie di godimento perpetuo. (*V. Esposiz. General. del diritto rom. n. 41, e 44*).

(1) *Gai. 1, §. 192. — Ulp. Reg. 11, §. 27. — Gai. 2, §. 47.*

(2) *Gai 2, §. 40.*

(3) *Ivi* — In greco Teofilo. *Inst. 1. 5, 5,* chiama questa specie di proprietà *δεσποτης Βονιτάριος*, e da ciò i commentatori han tratto *dominium bonitarium*.

(4) *Gai, 2, 41.*

quando la medesima persona avea la cosa nel suo dominio romano (*in dominio ex jure Quiritium*), ed anche ne' suoi beni (*in bonis*), essa avea su questa cosa i diritti più assoluti; e però poteva 1.° usarne, e raccoglierne qualsiasi prodotto; 2.° disporre a suo talento per tutt'i modi legali, e rivendicarla in qualunque mano la trovasse. Ma quando la proprietà naturale era separata dal dominio romano, cioè quando la cosa passando semplicemente ne' beni di qualcuno, rimaneva nel dominio romano di un'altro, allora tutti i vantaggi ora accennati si dividevano. Il potere di usare, e di raccogliere i prodotti passava a colui, che avea la cosa (*in bonis*) (1); ma il potere di disporre, e rivendicare rimaneva, secondo lo stretto diritto a colui che riteneva il dominio romano. Dico secondo lo stretto diritto, perchè in realtà il proprietario del dominio romano non poteva nè disporre della cosa, nè probabilmente rivendicarla in pregiudizio di chi l'avea *in bonis* (2). Finalmente quest'ultimo al termine d'un certo tempo di possesso ne acquistava il dominio romano per l'uso, cioè pel possesso.

Troviamo nelle manomissione un applicazione notabile di siffatti principii. Così colui che ha uno schiavo nel suo dominio romano, e ne'suoi beni, ha su questo schiavo l'esercizio della potestà dominicale (3), ed il diritto di dargli la libertà (4); colui che ha lo schiavo solamente ne'suoi beni, ha su di lui l'esercizio della potestà dominicale (5), ma non può renderlo libero altramente che colla condizione di Latino (6); colui che ha sullo schiavo solamente il dominio romano, mentre un altro lo ha nei suoi beni, non ha su di lui nè l'esercizio della potesta dominicale (7), nè il diritto di francarlo, sia come Latino, sia come cittadino (8).

Riassumendo si vede che i diritti i quali risultano dall'aver la cosa *in bonis* non sono così estesi come quelli del dominio perfetto, poichè non danno il potere di disporre civilmente della cosa, e di rivendicarla, ma che questi diritti non sono però inutili, giacchè danno il godimento della cosa, la facoltà d'impedire il proprietario dal porre ostacolo a questo godimento, ed il diritto di acquistare il dominio romano al termine di un tempo determinato.

Modo di acquistare, e di trasmettere il dominio romano, e la possessione *in bonis* al tempo di Gaio e di Ulpiano.

Siccome in quest'epoca vi ha in certa guisa due specie di proprietà, così noi abbiamo ad esaminare i modi di acquistare ciascuna di esse: dobbiam vedere come si acquista la possessione *in bonis*, ed il dominio romano.

Il solo modo, che noi con certezza conosciamo, di porre le cose semplicemente *in bonis*, è la tradizione naturale applicata alle cose *mancipi* (9). Io non aggiugnerò altro su questo soggetto, e passo immediatamente ai modi di acquistare il dominio romano.

I modi naturali, come l'occupazione, la riunione di una cosa come accessione ad un altra, sono ampiamente trattati e svolti da' giureconsulti; tra questi si dee in certi casi annoverare la tradizione (10).

« La tradizione, dice Ulpiano, è un modo di alienazione proprio delle cose *nec mancipi* » (11). Infatti applicata a queste cose, essa ne da il dominio romano, mentre applicata alle cose *mancipi* le pone semplicemente *in bonis*. La tradizione non richiede alcuna solennità: può aver luogo con gli stranieri, perocchè è del diritto delle genti; può applicarsi solamente alle cose corporali, le quali sole son capaci di esser realmente consegnate; perchè possa trasferire la proprietà, dev'esser fatta dal vero proprietario capace di alienare, e per una giusta causa, cioè per una causa che suppone l'intenzione di trasferire la proprietà, ed è conforme al diritto, per esempio per causa di vendita, di donazione (12).

Quanto ai modi civili, sono: la mancipazione, l'usucapione, la cessione *in jure*,

---

(1) *Gai. 2, 88. — 3, 166.*

(2) Troviamo nel Digesto, che se qualcuno che abbia venduto, e consegnata una cosa senza trasferirne la proprietà, voglia rivendicarla dipoi contro colui che l'ha acquistata, questi avrà per difendersi un'eccezione *(exceptio rei venditae et traditae. D. 21, 3.)*. Il Digesto non parla e non ha potuto parlare se non del caso, in cui il vizio primitivo della vendita, viene da ciò che il venditore nel momento che ha venduto non era proprietario, ma egli è ben naturale il credere, che una volta era lo stesso, quando il vizio fosse ciò nel non aver usato la *mancipazione*, o la *in jure cessio*, che la legge richiedeva.

(3) *Gai. 1, 54.*

(4) *G. 1, 17.*

(5) *G. 1, 54.*

(6) *Ulp. Reg. 1, §. 16.*

(7) *G. 1, 54.*

(8) *Veter. jurecons. Fragm. de manum. §. 11.*

(9) *Gai. 2, 41.*

(10) *Gai. 2, 65.*

(11) *Ulp. Reg. 19, 7.*

(12) *Gai. 2, 19, e 20.*

l' aggiudicazione, la legge. Da Ulpiano ho tolta questa enumerazione, che probabilmente non è compiuta (1).

Della mancipazione (*mancipatio*). Quest'atto è quello che nella legislazione delle Dodici Tavole dicevasi *mancipium*. In quest'epoca ha preso il nome di *mancipatio*, *venditio per aes et libram*, e la parola *mancipium* non esprime più che il diritto prodotto dalla mancipazione; questa parola è anche più spezialmente consacrata a dinotare la potestà sull'uomo libero acquistata per siffatto modo (V. avanti p. 145). La mancipazione non può aver luogo che tra i cittadini romani, i Latini delle colonie, i Latini Giuniani, e quegli stranieri, ai quali si è conceduto il *commercium*, cioè il diritto di comprare, e vendere (2). Essa si fa per via di solenni parole in presenza di un portabilancie (*libripens*, e di cinque testimoni tutti cittadini, e puberi. Gaio ne espone le formalità: colui che riceve in mancipio, per esempio, uno schiavo, tenendo questo schiavo dice: HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO, ISQUE MIHI EMPTUS EST HOC ÆRE, ÆNEAQUE LIBRA; a queste parole percuote la bilancia col metallo, ch'egli da in guisa di prezzo a colui dal quale riceve la cosa (3): oltre a questo l'atto è accompagnato da parole solenni, che esprimono le particolari convenzioni, che le parti aggiungono al contratto. Per la mancipazione delle cose mobili è necessario che queste cose sieno presenti, e non se ne possono mancipar più che non sia possibile prender con mano; quanto agl'immobili non è necessario che sieno in presenza delle parti, e se nè possono mancipar molti in un tempo medesimo (4). La mancipazione è un modo di alienazione esclusivamente proprio delle cose *mancipi*, nondimeno a me pare ragionevole di pensare, che se si fosse adoperata per le cose *nec mancipi*, questo atto inutile, e nullo come mancipazione riguardo a queste cose, non impedirebbe però, se l'acquirente fosse stato messo in possesso della cosa, che nel fatto vi fosse la tradizione, e quindi il trasferimento della proprietà. La tradizione in questo caso sarebbe anche più aperta e più incontrastabile, conciossiachè sarebbe comprovata da testimoni (5); ma allora non la mancipazione, ma sibbene la tradizione che ad essa è seguita, farebbe acquistare la proprietà; e si noti a questo proposito che la mancipazione, e la tradizione sono due cose distinte, e che la prima non trae seco necessariamente e per se stessa la seconda (6).

Dell'usucapione (*usucapio*). Questo è il modo civile di acquistare, che nelle Dodici Tavole avea il nome di *usus auctoritas*. L'usucapione, dice Ulpiano, è l'acquisto della proprietà pel possesso continuo di uno, o due anni (*dominii adeptio per continuationem possessionis anni, vel biennii*): d' un anno per le cose mobili, di due per gl' immobili. Essa applicavasi alle cose *mancipi*, ed alle cose *nec mancipi* (7), ed avea luogo in due casi, cioè: il primo, che era comune alle cose *mancipi*, e *nec mancipi*, quando di buona fede erasi ricevuta una cosa da chi non ne era propriatario: in questo caso non si era ricevuto che il possesso della cosa; ma dopo il tempo richiesto per l' usucapione, si acquistava il dominio romano; il secondo, che era proprio esclusivamente delle cose *mancipi*, quando si era ricevuta alcuna di siffatte cose per la semplice tradizione, senza che fosse accompagnata da alcun modo legittimo di acquistare; allora la cosa dicevasi solamente entrata *in bonis*; ma dopo il tempo richiesto per l'usucapione anche il dominio romano si acquistava. In questo caso l'usucapione avea per effetto di trasformare la possessione *in bonis* in dominio romano (8). L'usucapione non si applicava agl'immobili delle provincie; quest'immobili, che non godevanono del diritto civile, non potevano acquistarsi in proprietà, ma

(1) *Singularum rerum dominia nobis adquiruntur mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, lege*. Varrone che scrivea poco dopo Cicerone, esprime in questa guisa i differenti modi di acquistare: « *In* (emptionibus) *dominium legitimum sex* (fere res) *perficiunt : si hereditatem justam adiit, si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo jure civili potuit, aut si usucepit; aut si e praeda sub corona emit; tumve cum in bonis sectioneve cujus publice venit* » (Var. De R. r. 2, 10.). Passerei i limiti di quest' opera se volessi notare e comentare le differenze, che paiono essere tra Varrone, ed Ulpiano (Vedi intorno a ciò la nostra *Esposiz. Generale* n. 78).

(2) *Ulp. Reg. 19*, §§. *3, e 4.*

(3) *Gai. 1, 119.*

(4) *Ulp. Reg. 19, 6.*

(5) Così Plinio volendo esprimere il pregio e valore, in che si tengono alcune grosse perle dette *uniones*, dopo aver detto che si conservano a perpetuità e si trasmettono agli eredi, aggiugne che si mancipano come si farebbe per un fondo di terra (*in mancipatum venit, ut praedium aliquod*) (*Pl. Hist. nat. lib. 9, c. 35, in fin.*). Non pertanto queste perle non erano *res mancipi*. Vedi nondimeno Cic. *Top. 10.*

(6) *G. 2*, §. *204. — 4*, §. *13*, *Vat. J. R. fr.* §. *13.*

(7) *Ulp. Reg. 19, 8.*

(8) *Gai. 2*, §§. *41, 42 e 43.*

secondo gli editti de'presidenti, un possesso di dieci, o vent' anni dava riguardo ad essi una prescrizione, che era un modo di farsi mantenere nel possesso (1).

Vi era un caso, in cui l'usucapione prendeva un carattere, ed un nome particolare, ed era questo: alcune volte si mancipava, o cedeva *in jure* una cosa con la fiducia (*cum fiducia*), cioè con una clausola, per la quale chi la riceveva si obbligava di renderla in un caso determinato. Noi ne abbiam un esempio nell'emancipazione de'figliuoli (p. 151); ciò interveniva ancora quando alcuno cedeva una cosa ad un creditore per sicurezza de'suoi diritti, o ad un'amico, perchè la cosa sarebbe meglio conservata presso di lui (2). Quando un somigliante contratto avea avuto luogo, se colui che avea alienata la cosa con la riserva di fiducia veniva a possederla per un anno, qualunque essa si fosse o mobile, od immobile, ne riprendeva la proprietà per questo possesso. Questa specie particolare d' usucapione appellavasi *usureceptio*, ripresa della proprietà per l'uso, cioè a dire pel possesso (3).

Della cessione in jure (*in jure cessio*). La cessione *in jure* è un modo civile d'alienazione, che produce lo stesso effetto della mancipazione (4), essa si applica così alle cose *mancipi*, come alle cose *nec mancipi*. Noi già ne abbiam fatto conoscerere il carattere (p. 60 e 211); essa è un simulacro d'un' azione di revindicazione, e richiede tre persone presenti: colui che cede la cosa (*in jure cedens*), colui che rivendica, (*vindicans*), colui che dichiara la proprietà (*addicens*). Quegli che cede è il padrodrone; quegli che rivendica è la persona alla quale si cede; quegli che dichiara la proprietà è il pretore, e nelle provincie il presidente (5). Se per esempio si trattava di uno schiavo, quegli al quale cedevasi, tenendolo, diceva: *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio*, e adempiva le altre formalità della revindicazione; dopo ciò il pretore domandava al cedente, se dal suo canto egli non rivendicasse lo schiavo; se questi diceva di no, o taceva, non essendo mestieri alcun rinvio innanzi al giudice, perchè non v'era contestazione, il pretore pronunziando egli stesso e dicendo il diritto (*jus dicens*, *addicens*) dichiarava appartenersi la cosa a colui che l'avea rivendicata. Chiaramente si vede donde venga la denominazione di quest'atto, (che a me per altro non pare primitiva) di *in jure cessio*: perchè le parti non sono già in giudizio innanzi a un giudice (*in judicio*), ma solamente innanzi al magistrato incaricato d'indicare il diritto (*in jure*). Si vede ancora donde viene l'espressione *addicere*, attribuire la cosa dicendo il diritto (6). È questa, dice Gaio, un'azione della legge (*legis actio*); cioè l'applicazione d' un' azion della legge; perciocchè, quantunque questa cessione non fosse che un modo di alienazione, pure essa operavasi col simulacro d'un azione della legge (l'azione *per sacramentum*), con le formalità della rivendicazione, e per conseguente innanzi a' magistrati del popolo (*magistratus populi*), quelli cioè, innanzi a cui doveano esercitarsi le azioni. La cessione *in jure* non adoperavasi così frequentemente come la mancipazione; perciocchè era ben inutile di ricorrere al pretore, o al presidente della provincia per fare un' alienazione, che una persona poteva fare da se medesima, in presenza de'suoi amici (7). Non pertanto si era talvolta costretto a far uso della cessione *in jure*, e ciò avveniva per riguar-

---

(1) *Gai. 2*, *46*. Io vedo in ciò una ragione che mi par vera. I pretori di queste province erano incaricati di reggerle con un diritto che pubblicavano ne'loro editti, e che componevano d' usi locali, di alcune leggi romane, e de' principî del diritto delle genti. Essi ammisero nelle province lo acquisto de'mobili per un anno di possesso, perchè non era contrario all'equità, e perchè i mobili, in qualunque luogo si fossero, potevano godere del diritto civile, ed essere nel dominio de' cittadini; ma quanto agl' immobili, che non potevano esser la proprietà de'particolari, giacchè il suolo provinciale non godeva del diritto civile, ed era riputato appartenere al popolo, o a Cesare, l' usucapione per due anni tutta romana, e rigorosissima era inapplicabile, i presidenti le surrogarono un' istituzione pretoria, con un termine più ragionevole.

(2) Oltre Gaio, dal quale attingo questi particolari, trovo ancora Cicerone che parla della fiducia: egli cita tra quei che debbono osservare un' intera ed esatta fedeltà, colui che ha ricevuto qualche cosa con fiducia; « *Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit etc.* » (Cic. *Top. 10*).

(3) *G. 2. 59, e seg.*

(4) *G. 2*, *22*.

(5) *Ulp. Reg. 19*, *9 e seg.*

(6) La decomposizione etimologica della parola *addicere* ne determina chiaramente la significazione. *Ad* particella di direzione, d'attribuzione, che indica la direzione data alla cosa, l' attribuzione che se ne fa: *dicere* il mezzo che si è impiegato, *dicendo* il diritto. Similmente in *adjudicare*, *ad* direzione, attribuzione della cosa; *judicare*, il mezzo, *giudicando*.—Ecco tuttavia la spiegazione che ne dà Festo: « *Addicere est proprie idem dicere, et approbare dicendo* »,

(7) *Gai. 2*, *24*, *e seg.* — *Id. 4*, §. *16*.

do alle cose incorporali (eccetto le servitù rustiche), alle quali non si poteva applicare nè la tradizione, nè la mancipazione, ma solo la cessione in *jure*; come sarebbe un usufrutto, una eredità, la tutela legittima, la libertà (1). Così noi abbiam già veduto la cessione della tutela legittima (p.180), quella della qualità di padre per effettuare l'adozione (p. 138), quella della libertà per francare lo schiavo (p.99). Pertanto egli è a notare che i crediti non potevano esser ceduti *in jure*; tanto meno eran capaci di tradizione e mancipazione. Più appresso, trattando delle obbligazioni, vedremo perchè modo se ne poteva trasferire ad altri il vantaggio (2).

Dell'aggiudicazione (*adjudicatio*). Noi ne abbiam data la prima idea (p.54 e 62). Quì si vuole avvertire che le parti in questo caso sono non già *in jure*, innanzi al magistrato, ma in *judicio* innanzi al *giudice*. E però questi non attribuisce la proprietà dicendo il diritto (*non addicit*), ma la dà giudicando (*adjudicat*). Questo potere dato al giudice dalla legislazione romana, di aggiungere cioè, di far passare la proprietà da una delle parti nell'altra, è cosa caratteristica, e degna che si noti. All'epoca istorica che noi esaminiamo, cioè al tempo di Gaio e d'Ulpiano, essendo in vigore il procedimento per formole, si tratta di un giudice nominato alle parti dal magistrato, ed investito de'suoi poteri per la formola. Le formole, che tra le altre facoltà gli conferiscono quella di aggiudicare son tre: quelle per la divisione d'un'eredità (*per formulam familiae erciscundae*); per la divisione d'una cosa comune (*per formulam communi dividundo*); per la fissazione de'limiti (*per formulam finium regundorum*). Questo modo d'acquistare il dominio romano è come i due precedenti comune tanto alle cose *mancipi*, che alle *nec mancipi* (3). Non ostante questo senso tecnico delle parole *adjudicare*, *adjudicatio*, pure si trovano talvolta, benchè di rado, adoperate a dinotare l'effetto ordinario di una sentenza (4).

Della legge (*lex*). La legge è specialmente indicata da Ulpiano come un modo di acquistare comune alle cose *mancipi*, *e nec mancipi*. Questo autore dà per esempii: i legati (quello per *vindicationem*) in vigor della legge delle Dodici Tavole; ed il *caducum*, vale a dire quella parte d'una liberalità testamentaria, che essendo fatta ad una persona non maritata, o senza figliuoli, in vigor della legge *Papia Poppea* diveniva caduca, e poteva esser rivendicata dagli altri eredi, o legatarî che aveano prole. Ulpiano cita allo stesso proposito l'*ereptorium* cioè la liberalità testamentaria, che vien tolta a cagion d'indegnità alla persona cui erasi fatta, ed è attribuita dalla legge o ad un altra persona, o al fisco (*Hist. du droit* n.° 68) (5).

Quanto al legato, più appresso vedremo che vi erano delle distinzioni a farsi secondo i termini ne'quali era stato espresso.

Di tal fatta erano i modi civili di acquistare la proprietà degli oggetti particolari. Noi non facciamo ancora parola de'modi di acquistare una massa universale di beni; più appresso, quando tratteremo delle successioni, avremo occasione d'intrattenerci su questa materia. Forse ad alcuni parranno soverchiamente lunghi questi preliminari, ma non si penerà molto a convincersi che ciò era indispensabile. Essi ci conducono naturalmente ad esaminare quale era divenuta all'epoca di Giustiniano il sistema del diritto relativo alle cose; e quì ci si offrirà lo spettacolo di un mutamento pressochè totale, e della sparizione definitiva degli antichi principii.

Delle cose secondo le istituzioni di Giustiniano.

Superiore libro de jure personarum exposuimus, nunc videamus de rebus, quae vel in nostro patrimonio, vel extra patrimonium nostrum habentur. Quaedam enim naturali jure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae ex variis causis cuique adquiruntur, sicut ex subjectis apparebit.

Nel libro precedente abbiam trattato del diritto delle persone, ora vediamo delle cose, le quali o si contengono nel nostro patrimonio, o ne son fuo-

(1) *In jure cedi res etiam incorporales possunt, velut usufructus, et legitima tutela, et libertas » (Ulp. Reg. 19. 11).* Se rimanesse qualche dubbio sul modo di francare per la *vindicta*, quest'ultima parola d'Ulpiano basterebbe a dileguarlo, ed a convincerci, che siffatta liberazione non era che la cessione in *jure* della libertà. Egli è vero, che in alcune edizioni di Ulpiano non si legge questa paròla, ma invece si legge: *et tutela legitima libertae*; errore evidente; perciocchè non la sola tutela legittima della schiava fatta libera si poteva cedere in *jure*, ma qualunque tutela legittima di una donna (*p. 181*).

(2) *Gai. 2, 38.*

(3) *Ulp. Reg. 19, 16.*

(4) *Dig. 20, 1, e De pignor. 16, §. 5 f. Marc. 20, 4, Qui potior. 12, pr. f. Marc.*

(5) *Ulp. Reg. 19, §. 17.*

ri. Perocchè alcune cose per diritto naturale son comuni a tutti, alcune pubbliche, alcune dell'università, alcune di nessuno, e la più parte di alcuni uomini in particolare, siccome per quello che diremo più oltre si potrà apertamente vedere.

La divisione delle cose, che i comentarî di Gaio, ed il Digesto presentano, come la principale, è quella delle cose di diritto divino, e delle cose di diritto umano (1). Ma i compilatori delle Istituzioni di Giustiniano, lasciando da banda questa distinzione, di cui parlano solamente in modo accessorio, dividono da prima le cose in *cose fuori del nostro patrimonio*, *e cose che sono nel nostro patrimonio*.

Sono *fuori del nostro patrimonio* primamente le cose, che appartengono alle masse in cui nessuno in particolare ha la proprietà (*res publicae*, in generale); in secondo luogo quelle che a niuno realmente appartengono (*res nullius*).

Sono *nel nostro patrimonio* le cose che appartengono ad alcuno in particolare (*res privatae*, *res singulorum*).

La parola *res* è generale, e si applica egualmente a tutte queste specie di cose; le espressioni *bona*, *pecunia* sono speciali, e si applicano solamente alle cose nel nostro patrimonio (2).

Delle cose che appartengono alle masse in comune, ma di cui nessuno in particolare ha la proprietà. Tutte queste cose ricevono sovente da' giureconsulti la denominazione di *res publicae*, presa in generale. Si ha una pruova di ciò ne'Comentarî di Gaio, ed in molti frammenti del Digesto (3). Ma più specialmente esse si dividono in tre specie: le cose il cui uso è comune a tutti (*res communes*); le cose che appartengono al popolo (*res publicae* propriamente dette); le cose che appartengono alle corporazioni (*res universitatis*). Benchè tutte siffatte cose, appartengano ad alcune masse in comune, pure niuno in particolare ne ha la proprietà; e però si considerano come poste fuori del nostro patrimonio. « *Nullius in bonis esse creduntur*, *ipsius enim universitatis esse creduntur* » (4).

1. *Et quidem naturali jure communia sunt omnium haec; aer, aqua profluens, et mare, et per hoc littora maris. Nemo igitur ad littus maris accedere prohibetur, dum tamen villis, et monumentis, et aedificiis abstineat, quia non sunt juris gentium, sicut et mare.*

1. Per diritto naturale son comuni a tutti l'aria, l'acqua corrente, il mare, e per conseguenza i lidi del mare. Non è adunque vietato a nessuno di andare al lido del mare, purchè s'astenga dalle ville, da monumenti, e dagli edificî, perciocchè essi non sono di diritto delle genti, com'è il mare.

Le cose comuni non sono realmente in proprietà di alcuno, ma ciascuno può usarne, o anche estrarne ed appropriarsene gli elementi. La natura stessa di siffatte cose le pone in questa classe: così è fisicamente impossibile a qualsiasi uomo d'esser proprietario del mare, dell'aria, del sole, o delle stelle, ma ognuno gode de'vantaggi, che questi oggetti ne arrecano, ciascuno si appropria l'acqua salata che attinge dal mare, la quantità d'aria che respira, i raggi del sole che assorbisce, ed acquista realmente la proprietà di queste frazioni, quando la loro natura il consente.

Quanto alle rive del mare, son necessarie alcune osservazioni. Per questa frase s'intendono non già tutte le terre adiacenti, ma solamente le spiagge fin dove si estendono i maggiori flutti, perchè questa parte è sottratta dalle onde al potere dell'uomo. Nondimeno Celso avvisava che le rive, le quali si trovano nell'impero romano appartengano al popolo romano (5). Ma questa opinione non era generalmente ricevuta; perciocchè le rive, come noi le abbiam definite, non sono del territorio dell'impero, ma formano la linea dove finisce il territorio. Egli è però vero che il popolo ha il diritto, per difendere il suo territorio, di vegliare sulla costa, di opporsi alle invasioni delle rive, e solo in questo senso si dee intendere la frase di Celso. Considerando in massa le rive del mare, si vede che al pari del mare, e di tutte le cose comuni non sono, e non possono essere la proprietà di alcuno, ma sulle rive, come su tutte le altre cose comuni, la cui natura il consente, si possono prendere delle frazioni che l'uomo s'appropria. E però numerose leggi consacrano nel Digesto questo principio, che le edificazioni fatte in su le rive, o nel mare appartengono a coloro che le hanno elevate. Per elevarle si dee ottenere un decreto del pretore, il quale non darà la sua autorizzazione, se non quando non sieno per nuocere in nulla nè all'uso comune, nè alla utilità privata (6). Se senza autorizzazione siansi fatte delle costruzioni, ogni persona a cui esse possono nuoce-

(1) *Dig. 1, 8, 1.*
(2) *D. 50, 16, 5, f. Ulp.*
(3) *D. 1, 8, 1, f. Gai. — 41, 1, 14, f. Nerat. — 50, 16, 17, f. Ulp.*
(4) *D. 1, 8, 1, f. Gai.*
(5) *D. 43, 8, 3, f. Cels.*
(6) *D. 43, 8, 3, e 4. — 1, 8, 5, f. Gai. 41, 1, 14, f. Nerat. e 50, f. Pomp.*

re ha il diritto di agire contro chi le ha fatte (1). Ma per applicazione di quella massima romana, che si dee il meno che sia possibile far demolire gli edifizi, queste tali costruzioni allora solo si faranno abbattere, quando ciò sia assolutamente necessario per il pubblico uso; altrimenti basterà solo di condannare l'edificatore ai danni interessi, od anche ad una prestazione annuale (2).

Ogni volta che l'uomo s'è impadronito di alcune frazioni di una cosa comune, la proprietà dura finchè queste non ritornano alla loro prima natura. Ma se alcuno getta nell'acqua corrente la porzione d'acqua, che vi avea attinta, se le edificazioni fatte in mare vengano a rovinare, se l'edifizio fatto in su la riva sia distrutto, sparisce ogni diritto di proprietà, e queste frazioni rendute al loro stato primiero tornano a diventar comuni. Di queste cose avviene, sotto questo riguardo, lo stesso che avviene degli animali selvatichi ritornati alla loro prima natura, il che più annanzi vedremo (3).

II. ***Flumina autem omnia, et portus pubblica sunt; ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque.***

2. **Tutti i fiumi ed i porti son pubblici, tantochè il pescar ne'fiumi e ne'porti è comune a tutti.**

Abbiam veduto che, in un senso generale, i giureconsulti romani ben sovente dicevano cose pubbliche le cose comuni a tutti, ovvero quelle che appartengono alle città; ma nel senso proprio della parola le cose pubbliche son quelle di cui il popolo ha la proprietà: « *Sola enim ea publica sunt, quae populi romani sunt* » (4). Tra queste cose oltre a quelle citate dal testo si annoverano anche le vie pretorie, o consolari; e le piazze, i campi, i laghi, gli stagni, che sono in proprietà del popolo (5).

Il carattere essenziale di cose pubbliche sta in ciò, che quantunque le cose sieno in proprietà del popolo, pure l'uso è a tutti comune. E però vediamo che il pretore vieta con un interdetto, che alcuno sia impedito di navigare per un fiume, o lago pubblico, di approdare, di scaricar sulla riva (6). Ma non era mai permesso di edificare sopra un terreno pubblico, se ciò dovea nuocere all'uso pubblico, o ai particolari; quindi il pretore avea su tal materia emanato parecchi interdetti. Noi ne troviamo uno, pel quale vieta in generale di fare cosa niuna, che possa recar pregiudizio a chicchessia (7), molti interdetti particolari contengono il medesimo divieto spezialmente per le vie pubbliche (8). Lo stesso è pe'fiumi pubblici: il pretore proibisce di farsi alcuna cosa che nuoca alla navigazione, alla stanza delle navi, o che possa mutare il corso delle acque (9). Le edificazioni che non recano alcun nocumento non son vietate, nondimeno prima di farle se ne deve ottenere l'autorizzazione dell'imperadore (10).

Si dava ancora il nome di cose pubbliche a certe cose che erano la proprietà del popolo, tali erano certi schiavi (*servi populi romani*); le miniere (*metalla*), i campi (*agri vectigales*), o gli altri oggetti che il popolo dava in affitto per riscuoterne una rendita (*vectigal*), e che per tal ragione addimandavansi *vectigalia publica* (11); finalmente il tesoro del popolo (*aerarium*). Ma questi oggetti differivan molto da quelli che in prima abbiamo esaminati; quelli eran pubblici, ed il loro uso comune a tutti; gli altri, per parlare con proprietà, erano nel patrimonio del popolo (*in patrimonio populi*) (12). In quanto al tesoro del principe, ed a tutti i beni che il componevano (*fiscus*), la differenza è anche più notabile (13).

III. ***Est autem littus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.***

3. **È lido di mare fin dove si avanzano in inverno i più alti flutti.**

Nel Digesto è detto che Cicerone il primo, essendo arbitro, diè questa definizione; ma Cicerone l'attribuisce ad Aquilio (14).

---

(1) Il pretore dà contro il costruttore un *interdetto utile* (*D. 43, 8, 2, §. 8, f. Ulp*).
(2) *D. ivi §. 17.*
(3) *D. 1, 8, 6, f. Marci, — 41, 1, 14, §. 1, f. Nerat.*
(4) *D. 50, 16, 15, f. Ulp.*
(5) *D. 43, 8, 2, §§. 3, 21, 22, f. Ulp. — D. 43, 14.*
(6) *D. 43, 14, Ut in flumine pubblico navigare liceat.*
(7) *D. 43. 8. Ne quid in loco publico vel itinere fiat. L. 2, f. Ulp.*
(8) *D. 43, 8, 7, §§. 20 e 35. — 43 § 2, f. Ulp.*
(9) *D. 43, tit. 12, e 13. De fluminibus. Ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur ... quo aliter aqua fluat atque uti priore aetae fluxit.*
(10) *D. 39, 2, 24, f. Ulp.—43, 12, 1, §. 12, f. ejusd. — 43, 8, 2, §§. 10, e 16.*
(11) *50, 16, 17, §. 1, f. Ulp.*
(12) *41, 1, 14, f. Nerat.*
(13) *D. 43, 8, 2, §. 4, f. Ulp.*
(14) *D. 50, 16, 96, f. Cels. — Cic.* Top. 7.

IV. *Riparum quoque* usus pubblicus est *juris gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere, cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navigare; sed proprietas earum illorum est, quorum praediis haerent; qua de causa arbores quoque in iisdem natae eorumdem sunt.*

4. *L' uso pubblico* delle ripe è di diritto delle genti, come l' uso del fiume, e pertanto è lecito a ciascuno accostar le navi alle ripe, legar le funi agli alberi che vi son nati, e scaricarvi tutto quello che si vuole, siccome anche è lecito navigar per esso fiume. Ma la proprietà delle ripe è de' proprietari limitrofi, egualmente che gli alberi ivi cresciuti.

Usus publicus est. Si vuol ben notare la differenza che è tra la ripa d'un fiume, e le altre cose pubbliche; la ripa appartiene in proprietà, non già al popolo, ma ai proprietarî de'fondi lungo il fiume. Adunque delle ripe altro non è pubblico, che l'uso, e però il testo quì dice, *usus publicus est juris gentium*. Da che l'uso delle ripe è pubblico, ne seguita che ciascuno può servirsene per navigare, passare, riposarsi etc.; da che la proprietà appartiene a'padroni dei fondi lungo il fiume, ne seguita che questi soli hanno il diritto di tagliare gli alberi, i giunghi, le erbe, di raccorre i frutti etc: Ma essi non potrebbero fare delle opere, che nuocessero all' uso pubblico (1). Reciprocamente alcuno non potrebbe nuocere alla proprietà, così per esempio chi facesse delle fabbriche sulle ripe, non diverrebbe però proprietario delle fabbriche (2).

V. *Littorum quoque* usus publicus *juris gentium est, sicut ipsius maris, et ob id quibuslibet liberum est casam ibi ponere, in qua se recipiant, sicut retia siccare, et ex mari deducere. Proprietas autem eorum potest intelligi nullius esse, sed ejusdem juris esse, cujus et mare, et, quae subjacet mari terra vel arena.*

5. Similmente *l'uso pubblico* de'lidi è di diritto delle genti, siccome quello del mare, e perciò è libero a ciascuno farvi una capanna per ricovero, trar le reti dal mare, ed asciugarle. La proprietà poi di essi lidi si può intender che non sia di nessuno, ma che sia del medesimo diritto ch' è il mare, e la terra, e l'arena che ricovre.

VI. *Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt, theatra, stadia, et si qua alia sunt communia civitatum.*

6. Quelle cose che son nella città, come i teatri, gli stadî, ed altre cose, che in comune appartengono alla città, son dell' università, e non dei privati.

Si dà il nome di *universitas* ad ogni riunione di persone che formi una corporazione, una sorta di persona legale. Non è lecito ad ognuno di organizzarsi in corporazioni (*corpus habere*); il vietano le leggi, i senato-consulti, le costituzioni (3). Ogni corporazione è necessario che sia o stabilita, o autorizzata da una legge, un senato-consulto, o una costituzione. Tra queste corporazioni si annoveravano le città di cui fa parola il nostro testo (*civitas municipim*), le curie (*curia*), le associazioni di taluni mestieri, come il collegio de' panattieri (*collegium pistorum*), de'padroni di navi (*collegium naviculariorum*), etc. Queste corporazioni potevano possedere, esser proprietarie, contrattare, stare in giudizio (4). Le cose che ad esse appartenevano si debbono distinguere in due differenti specie. Alcune, benchè fosser la proprietà comune di tutt'i membri riuniti, non erano pubblicamente abbandonate all'uso di ciascuno. Il danaro, i crediti, gli schiavi della comunità, per esempio, non erano al servigio nè alla disposizione di ciascun membro: queste cose, propriamente parlando, erano nel patrimonio della corporazione (*in patrimonio universitatis*) (5). Altre servivano all'uso comune de'membri, e talvolta anche degli estranei; di tal fatta erano gli stadî, o luoghi destinati alle esercitazioni della corsa, i teatri, i bagni pubblici della città. Questi sono gli oggetti che qui le Instituzioni han voluto indicare sotto il nome di *res universitatis*.

Delle cose che non appartengono realmente ad alcuno (*res nullius*). Queste cose sono: primieramente quelle, delle quali l'uomo non s'è ancora impadronito, o che ha interamente abbandonate (6); in secondo luogo quelle che son poste fuori del commercio degli uomini, e che si appellano cose di diritto divino, *res divini juris*.

Quanto alle prime, esse sono: gli oggetti che il proprietario abbandona con l'animo di non più averli (7); gli animali selvatichi, i loro prodotti, le alghe marine, le isole nate nel mare etc. Talvolta queste cose diconsi comuni, perchè siccome il primo

(1) D. 43, tit. 12, e 13.
(2) *Qui autem in ripa fluminis aedificat, non suum facit.* D. 41, 1, 15, f. Nerat.
(3) D. 3, 4, 1, f. Gai. (4) D. 3, 4, 1, e seg.
(5) Ivi 7, §. 1. — Dig. 1, 8, 6, §. 1. Marci.

(6) Gaio pone in questa classe le successioni che l'erede non ha ancora accettate (D. 1, 8, 1, f. G.); in fatti in fino a tanto che l'accettazione non è fatta, esse non sono ne'beni di alcuno.
(7) Infra §. 47,

che le occupa ne diviene proprietario, così sono esposte all' occupazione di ciascuno; Nerazio dice anche che le rive del mare non differiscono, sotto questo riguardo, da' pesci, e dagli animali selvaggi (1). Non pertanto si dee por mente ad un' immensa differenza. Le cose comuni propriamente dette non appartengono ad alcuno, e non posson mai appartenere ad alcuno in proprietà, il solo uso di esse è comune, e se taluno se ne appropria qualche cosa, questa non può esser altro che una frazione, come l'acqua che si cava dal mare, la parte della ripa sulla quale si edifica. Per contrario gli animali selvatichi possono per intero acquistarsi da' privati, e divenire realmente cose private. Adunque quel che Nerazio sembra dire di tutte le ripe, si debbe intendere solamente delle frazioni di ripa, che l'uomo può occupare.

Quanto alle cose di diritto divino, esse si dividono in cose sacre (*sacra*), religiose (*religiosa*), sante (*sancta*). Tutte siffatte cose son fuori commercio, ed in generale non possono divenir la proprietà di niuno.

VII. ***Nullius autem sunt res: sacra, et religiosa, et sancta, quod enim divini juris est, id nullius in bonis est.***

7. **Le cose sacre, religiose, e sante sono *nullius*; poichè quel ch' è di ragion divina non è tra i beni alcuno.**

VIII. ***Sacra sunt quae rite per pontifices Deo consecrata sunt, veluti aedes sacrae, et dona quae rite ad ministerium Dei dedicata sunt, quae etiam*** per nostram constitutionem *alienari, et obligari prohibuimus, excepta causa redemptionis captivorum. Si quis autem auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum. Locus autem in quo aedes sacrae sunt aedificatae, etiam diruto aedificio, sacer adhuc manet, ut et Papinianus scripsit.*

8. Son cose sacre quelle da' Pontefici solennemente consecrate a Dio, come le Chiese, e tutti quei doni, che sono con le debite formalità dedicati al ministerio di Dio, le quali cose abbiamo proibito per nostra costituzione che possano esser alienate ed obbligate, fuor solamente per cagione di riscuotere i prigionieri; che se alcuno per sua autorità, senz' altro riterrà qualche cosa come sacra, non è sacra ma profana. Il luogo poi, nel quale sono edificate le chiese, tutto che l' edificio sia **rovinato, si resta ancor sacro, siccome scrisse Papiniano.**

Non è mia intenzione di esporre qui all'occasione delle cose sacre i costumi religiosi de' romani, che a questa dottrina han relazione. Ricorderò solamente, che su quest'oggetto sono da distinguere due epoche ben separate; quella in cui il paganesimo dominava nell'impero, e quella che comincia da Costantino, in cui la religione Cristiana divenne la religione dello stato. Nella prima epoca le cose sacre eran quelle che si dedicavano agl'Iddii superiori, e in questo modo appunto si esprime Gaio: *Sacrae sunt, quae Diis superis consecratae sunt* (2). La consacrazione facevasi da' sacerdoti de' diversi Numi, il rito era pagano, ciascuna famiglia avea le sue cose sacre, che ad essa erano proprie, ed i sacrificî che ad essa erano imposti; queste cose sacre, e l' obbligazione a questi sacrifizi si trasmettevano in perpetuo da erede in erede. Nella seconda epoca le cose si consacrano a Dio da' preti cristiani, con le cerimonie cristiane. Ma sì nell' una come nell' altra, la consacrazione non poteva farsi che in vigore d' una legge: Così da prima si richiedeva l'autorizzazione del popolo, di poi quella del Senato, ed in fine quella dell'imperadore (3). Ulpiano ci dice che un luogo è sacro, quando il principe l'ha dedicato, o ha permesso di dedicarlo (4). In fatti al tempo d'Ulpiano il principe poteva per ancora come imperadore, e supremo pontefice autorizzare, e fare la consacrazione.

Ciò che abbiam detto è sufficiente a far vedere che la consacrazione era un atto d'istituzione pubblica autorizzato dal potere legislativo, talchè i particolari non potevano per propria autorità far sacra alcuna cosa (*publice consecratae sunt, non private*).

Le cose sacre eran fuori il commercio degli uomini; non erano capaci di alcuna estimazione (5), non potevano esser nè vendute (6), nè date in pegno, nè acquistate per l'uso; non potevano esser l'obbietto di alcuna stipulazione (7). Un interdetto del pretore proibiva che in qualunque modo si nuocesse ad un luogo sacro: *in loco sacro facere, inve eum immittere quid veto* (8);

---

(1) *D. 41, 1, 14, f. Nerat.*
(2) *Gai. 2, 4.*
(3) Vedete all' occasione delle cose sacre ciò che abbiam detto delle adozioni (p.137) Cic. *De legibus lib. 2*, vedete ancora il discorso da quest' oratore pronunziato, per farsi render la casa, che erasi consacrata senza la reale autorizzazione del popolo (*Cic. Pro domo*).
(4) *D. 1, 9, 9, §. 1. f. Ulp.* (5) *Ivi §. 5.*
(6) *Inst. 3, 23, §. 5. — D. 18, 1, 6, f. Pomp. e 73, f. Papin.*
(7) *Inst. 3, 19, §. 2.* (8) *D. 43, 6, 1.*

ed oltre a questo per riverenza della religione tutte le edificazioni, che per avventura ivi fossero elevate, doveano essere abbattute (1). Il sacrilegio era punito di pene severissime, talvolta con la condanna alle bestie feroci, alle miniere o alla deportazione (2).

Per nostram constitutionem. Nel Codice troviamo la costituzione, alla quale Giustiniano quì fa allusione. Essa è relativa ai vasi, alle vestimenta, ed a tutti gli altri oggetti mobili consacrati al culto. Giustiniano, ripetendo in essa una regola sempre osservata, proibisce di alienare queste cose sacre, permette a' vescovi ed alle altre persone di reclamarle in qualunque mano si trovino, di farsene rendere ciò che ne resta, se sono state fuse, o il prezzo, se è possibile. Non pertanto egli permette l'alienazione di queste cose pel riscatto de'prigionieri, e pel nutrimento de' poveri in tempi di carestia (3). In una novella poi estende questa permissione a' casi in cui de' vasi, o altri oggetti superflui si volessero vendere, per pagare i debiti delle Chiese. Ma non vi ha alcuna eccezione per gli immobili (4).

IX. *Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. In communem autem* locum purum, *invito socio, inferre non licet. In commune vero sepulchrum etiam invitis caeteris licet inferre. Item si alienus ususfructus est, proprietarium placet, nisi consentiente usufructuario, locum religiosum non facere. In alienum locum, concedente domino, licet inferre, et licet* postea ratum habuerit, *quam illatus est mortuus, tamen locus religiosus fit.*

9. Ciascun uomo volendo far religioso il luogo che gli appartiene vi seppellisce il morto. Non è lecito metterlo in un luogo *puro* e *comune* con altri contra la volontà de'comproprietari, ma è lecito metterlo nel sepolcro comune, ancorchè tutti gli altri compagni non vogliano. Similmente se l'usufrutto del luogo è d'altri, piace che il proprietario non faccia religioso il luogo, se l'usufruttuario non acconsenta. È lecito seppellire nell'altrui luogo, acconsentendo il padrone, e quand' anche *abbia acconsentito dopo che il morto vi fu seppellito*, pure il luogo diviene religioso.

Sotto il paganesimo non altrimente che sotto la religione cristiana il suolo, che avea servito a raccorre le reliquie di un uomo, fu riguardato come religioso. Una legge delle Dodici Tavole regolava a lungo l'ordine, e le spese de' funerali; in essa si trova questa regola di publica salubrità. Non seppellite, e non bruciate nella città alcun cadavere (ved. la 10. tav. *Hist. du droit* p. 102 (5); nel Digesto e nel Codice di Giustiniano parecchi titoli son consacrati a questa materia (6).

Secondo il paganesimo le cose religiose erano, come Gaio ne insegna, le cose abbandonate agli Dei Mani (7); sotto Giustiniano il luogo, che ha raccolto il corpo, o le ceneri d'un morto. Non è religioso tutto il campo, in cui trovasi la tomba, ma solamente lo spazio occupato dalle spoglie mortali (8). Quantunque il morto sia uno schiavo, pure il luogo sempre divien religioso (9); ma non è tale nè il sepolcro d'un' inimico, nè un monumento voto (*tumulus inanis*), che non racchiude il morto (10).

Si può per la sepoltura render religioso solamente il terreno, di cui si è proprietario, altrimenti si richiede il consentimento di qualunque persona vi abbia un qualsiasi diritto di comproprietà, d'usufrutto, di uso, o di servitù (11).

Postea ratum habuerit. Ciò significa che se il sotterramento siasi fatto all'insaputa, o a mal grado del proprietario, e questi dopo seppellito il morto acconsenta, il luogo parimente diverrà religioso. In alcune edizioni si legge: *Licet postea ratum non habuerit*; il che significherebbe, che se il proprietario il quale da prima ha consentito, non voglia dopo il sotterramento ratificarlo, il luogo non sarà per questo meno religioso. Io ho seguito la lezione adottata da Cujacio, che è quella del manoscritto di Firenze, e con la quale concorda eziandio il senso della parafrasi di Teofilo.

Il terreno, nel quale si è seppellito un morto senza il consentimento del proprietario, o di qualunque altra persona che vi abbia dritto, non è religioso; ma questo proprietario non può disseppellire e gittar via le ossa senza il decreto del pontefice o l'autorizzazione dell'imperadore. Se egli ardisce di far ciò, si dà contro di lui un'a-

(1) *Ivi 8, 2, §. 19, f. Ulp.*
(2) *D. 48, 13, 6, f. Ulp. Paul. Sent. 5, 19,*
(3) *Cod. 1, 2, 21.*
(4) *Nov. 120, cap. 10.*
(5) *Cod. 3, 4, e 12, Dioclet. et Maxim.*
(6) *D, 11, 7, — 47, 12, — C. 3, 44, — 9, 19.*
(7) ***Religiosae**, quae Diis manibus relictae sunt (Gai 2, §. 4.).*
(8) *D, 11, 7, 2, §. 5, f. Ulp.* (9) *Ivi princ.*
(10) *D, 47, 12, 4, f. Paul. — Ivi 11, 7, 44, f. Paul.* Vedi nondimeno *D. 1, 8, 6, §. 5, f, Marc.*
(11) *D, 1, 8, 6, §. 4, f. Marc.—11, 7, 2, §, 7, e seg. f. Ulp.* — Gaio dice a questo proposito: *Religiosum nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo ejus mortui funus ad nos pertineat (G. 2. 6.)*

zione (1). Del rimanente egli può rivolgersi contro colui che ha seppellito il morto per costringerlo a portar via il cadavere, ed a pagare il terreno (2).

Un luogo religioso non era realmente in proprietà di alcuno; non pertanto quegli che lo avea renduto religioso, vi avea una specie di diritto conforme all' uso di quel luogo. Vi erano sepolcri di famiglia (*familiaria sepulchra*), o sepolcri ereditari (*hereditaria*), ne' quali ogni membro della famiglia, o ogni erede avea il dritto di esser seppellito, o di far seppellire i suoi (3). Un interdetto del pretore vietava specialmente di recare alcuna molestia a colui che voleva seppellire un morto in luogo, ove ne avea il diritto. La persona molestata poteva invocare quest' interdetto, o intentare un' azione per farsi risarcire del danno (4).

Le terre religiose poste fuori del commercio degli uomini, come le cose sacre, non potevano esser nè vendute, nè donate, nè acquistate per l' uso. Anche quelli che aveano diritto al sepolcro, non potevano disseppellire le reliquie de' morti, e tramutarle in altro luogo, salvo che non ne ottenessero il permesso, ed in questo caso il luogo cessava d' esser religioso (5). Finalmente la profanazione de' sepolcri era punita civilmente, e criminalmente. Civilmente per un' azione data dal pretore (*actio sepulcri violati*). Quest' azione avea ciò di notabile, che annoveravasi tra quelle che eran dette popolari (*popularis actio*), cioè che poteva esser intentata dalla persona interessata, ed in difetto di lei, da qualsivoglia altro cittadino. Il profanatore che rimaneva soccumbente era notato di infamia, e condannato a pagare alla persona, che aveva intentata l'azione una somma stabilita dal giudice, se ella avea interesse al sepolcro, se no, cento soldi d'oro (6). Oltre a questo potevasi dirigere anche un'azion criminale contro al profanatore. La pena, se le ossa erano state tolte via dal sepolcro, era la morte, o la deportazione, secondo la condizione del colpevole, negli altri casi, la relegazione o la condanna alle miniere (7).

Locum purum. Diceasi *puro* il luogo che non era nè sacro nè religioso, nè santo (8).

X. ***Sanctae quoque res veluti muri, et portae quodammodo divini juris sunt, et ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia poena capitis constituta est in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideo et legum eas partes, quibus poenas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint sanctiones vocamus.***

10. Le cose sante come le mura, e porte della città sono, a un certo modo, di ragion divina, e perciò non sono ne' beni d' alcuno. E diciamo che le mura son sante, perchè si è ordinata la pena del capo a coloro che hanno commesso qualche delitto contro le mura. E però chiamiamo sanzioni quelle parti delle leggi, nelle quali si ordina qualche pena contro coloro che avranno violate le leggi.

Il verbo *sancire* sanzionare significa confermare una cosa, garentirla ordinando delle pene contro ogni attentato; questa garentia chiamasi sanzione, e *sanctum* santo, sanzionato ciò che è garentito: « *Sanctum est quod ab injuria hominum defensum atque munitum est* » (9). Così per cose sante s'intendono in dritto romano quelle che non sono nè sacre, nè profane; ma che son protette da una sanzione penale (*quae neque sacra neque profana sunt, sed sanctione quadam sunt confirmata*) (10). Queste cose non sono propriamente di ragione divina, ma si considerano come tali, perchè son poste fuori del commercio degli uomini, e circondate da una specie di venerazione legale; ecco perchè le Istituzioni di Giustiniano ripetendo in ciò quelle di Gaio (11) dicono *quodammodo divini juris sunt*. Tra le cose e le persone sante si trovano le leggi, la cui violazione per diverse pene vien punita (12); *gli ambasciadori*, che ciascuno dee rispettare sotto pena di esser dato come schiavo al popolo, che da loro è rappresentato (13); le mura, e le circonvallazioni, che son protette dalla pena di morte contro colui che fosse ardito di violarle, di montarle, o addossarvi delle scale (14); in

---

(1) L'azione d' ingiuria (*injuriarum actio*). *D, 11, 7, 8, f. Ulp. — C. 3, 44, 14, Valent. e Theod.*

(2) *D, 11, 7, 7, f. G.* Vi è per questo l' azione *in factum*.

(3) *D. 11, 7, 5, f, Gai, 6, f. Ulp. — C. 3, 44, 13, Dioclet. et Maxim.*

(4) L' azione *in factum D. 11, 8, 1, §. 4, — 11, 7, 9, f. Gai.*

(5) *D. 11, 7, 39, f. Marc. 44, f, Paul. — Cod. 3, 44, 14, Valent, et Theod.*

(6) *D. 47, 12, Cod, 9, 19, De sepulcro violato.*

(7) *D, 47, 12 11, f. Paul.*

(8) *Purus autem locus dicitur, qui neque sacer, neque sanctus est, neque religiosus (D. 11. 7, 2, §. 4, f. Ulp.).*

(9) *D. 1, 8, 8, Marc.*

(10) *Ivi 9. § 3, f. Ulp.*

(11) *G. 2, 8,*

(12) *D, 1, 8, 9, §. 3, f. Ulp.*

(13) *D, 50, 7, 17. f. Pomp.*

(14) *D, 1, 8, 11, f. Pomp. — 49, 16. 3, §. 17, f. Modest.*

fine le porte, quantunque Plutarco pretenda che non eran sante (1). Un interdetto del pretore proibiva in generale che in modo alcuno si facesse danno ad un luogo santo (2).

Una particolarità degna d'esser notata è, che se le cose di ragion divina cadevano in mano degl' inimici, incontanente perdevano pe' romani il loro carattere sacro, religioso, o santo; ma potevano di poi ricuperare questo carattere per una specie di *postliminium* se eran ritolte agl'inimici (3).

Non ci rimane a dire se non delle cose che sono nel nostro patrimonio, il che ci mena ad esaminare la proprietà al tempo di Giustiniano. Del resto è cosa manifesta che ora non si tratta più di alcuna differenza tra le terre dell' Italia, e quelle delle province, nè di cose *mancipi* o *nec mancipi*. Tutte queste distinzioni, che rimanevano solo di nome, e che la situazione e l'organizzazione politica dell' impero non meno che il mutamento de' costumi aveano già abolite di fatto, sono da Giustiniano formalmente soppresse.

Della proprietà al tempo di Giustiniano.

Sotto l' impero delle Dodici Tavole non v' era che un sol dominio, ma questo era il dominio romano (*dominium ex iure Quiritium*); più tardi il diritto delle genti pose allato a questo dominio una specie di proprietà imperfetta e naturale (*in bonis habere*); sotto Giustiniano questo dominio romano, e questa proprietà imperfetta e naturale dispariscono, e non si riconosce più che una sola proprietà, ma una proprietà ordinaria, scevra del carattere energico che il dritto primitivo le avea impressa. Ma si avverta di non attribuire questo cangiamento al solo Giustiniano. Il dominio romano già prima di lui non esisteva più nel fatto; restava il solo nome. La costituzione nella quale Giustiniano ne cancella le ultime vestigia, è degna di attenzione « Questo nome di dominio *ex jure Quiritium*, dice l' imperadore, non differisce per nulla da un enigma; vanamente si ricerca questo dominio, esso negli affari reali non s' incontra mai, e non è altro che una parola vota di senso, la quale viene a mettere spavento negli animi de' giovani che imprendono a studiare le leggi ». Così nella legislazione delle Instituzioni non vi è più distinzione tra avere una cosa nel suo dominio, e averla ne' beni; ciascuno è interamente proprietario degli oggetti che acquista, qualunque sieno questi oggetti (4).

Io non cercherò di dare una definizione del dominio secondo la legislazione romana, chè niuna se ne trova ne' testi de' giureconsulti. Nerazio ne insegna che di già al suo tempo la parola *dominium* poteva tradursi per *proprietas*: *dominium, idest proprietas*, egli dice (5). In fatti il dominio è la proprietà, perchè ci rende la cosa interamente propria. Io non dividerò il dominio in più specie, e non istabilirò tutte le divisioni immaginate da' comentatori, perchè sotto Giustiniano, come abbiam veduto, il dominio è uno. Ma m' intratterrò alquanto a determinare i differenti effetti, che il dominio produce. Essi son tutti compresi in queste parole, le quali in parte son tolte dalle Istituzioni: il dominio conferisce sulla cosa un pieno potere (*plenam in re potestatem*) (6). Qui è necessario analizzare gli elementi che compongono siffatto potere: potere d'occupare la cosa, di ritrarne tutt'i servigi, tutt'i prodotti, periodici, o no, tutti gli accrescimenti; potere di modificarla, dividerla, alienarla, ed anche distruggerla, salvo le restrizioni legali; finalmente di rivendicarla dalle mani de' terzi: tutto questo è compreso nel dominio. Tra questi differenti diritti, i principali, cioè quelli a' quali la più parte degli altri si posson ridurre, sono i seguenti: *jus utendi*, cioè il diritto di ritrarre dalla cosa tutto l'uso, tutt' i servigi ch' essa può rendere; *jus fruendi* il diritto di raccogliere non già tutt'i prodotti, tutti gli accrescimenti, ma tutt'i frutti ch'essa produce; *jus abutendi*, il diritto di disporne o alienandola, o anche distruggendola; in fine il diritto, che è come la sanzione di tutti gli altri, di seguirla e rivendicarla dalle mani di chiunque detentore.

---

(1) *Plutarc. Quaest. Rom. cap. 47*,
(2) *D. 43, 6, 2, f. Hermog.*
(3) *D, 11. 7, 36, f, Pomp.*
(4) De nudo jure Quiritium tollendo. *Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes, nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex* jure Quiritium *nomen, vel tantum* in bonis *reperitur; quia nec hujusmodi volumus esse distinctionem, nec ex jure Quiritium nomen quid nihil ab aenigmate disceptat, nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum et superfluum verbum per quod animi juvenum qui ad primam legum veniunt audientiam, perterriti, ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt: sed sit plenissimus, et legitimus quisque dominus, sive servi, sive aliarum rerum ad se pertinentium. (C. 7, 25, const. Justin.)*
(5) *D. 41, 1, 13, f. Nerat.*
(6) *Inst. 2, 4, §. 4.*

Così il proprietario d'una casa può abitarla, *jus utendi*, darla in affitto, e riscuoterne la pigione, *jus fruendi*, venderla, donarla, demolirla, *jus abutendi*, reclamarla in giudizio contro ogni detentore, *jus vindicandi* (1).

Si avverta di non attribuire nel linguaggio del diritto romano alla parola *abuti* l'idea che nella nostra lingua le viene attribuita, di un uso smodato, sragionevole, riprovevole. *Abuti* per la sua stessa decomposizione etimologica (*ab* particella privativa, ed *uti* usare) dinota un impiego della cosa, che ne fa cessare, ne distrugge l'uso. Tal'è l'effetto dell'alienazione, del consumo della cosa.

Molti, tra i diritti che compongono il dominio, possono esser separati l'uno dall'altro, ed appartenere anche per parti a differenti persone. Ma in tutti questi smembramenti si è sempre riguardato il potere di disporre della cosa (*jus abutendi*) come il potere principale, l'elemento essenziale del dominio; si è sempre chiamato proprietario quegli che ha questo potere, la cosa si è chiamata *sua*, e degli altri si è detto che hanno il diritto di usare della cosa altrui, di raccogliere i frutti della cosa altrui (2).

Del possesso.

Dopo aver parlato della proprietà, è convenevole che si dica alcuna cosa del possesso. Due titoli, l'uno nel Digesto, l'altro nel Codice son consacrati a questa materia (3). La prima osservazione, che intorno a ciò si vuol fare, è che si dee ben distinguere il possesso puramente fisico indipendente da qualsiasi diritto, dal possesso quale vien considerato dalla legge. Io son convinto che quasi tutto quel che v'è stato di controversia, e d'errore intorno a tal materia viene da che sovente si son confusi questi due possessi, e si è applicato all'uno, ciò che apparteneva solamente all'altro.

Il possesso fisico, fatta astrazione da qualunque diritto, non è che un fatto, cioè la detenzione o l'occupazione reale di una cosa. L'intenzione del detentore, quella degli altri non v'entra per nulla; vi è il fatto, vi è dunque possesso fisico; « *Ea res facti non juris est* » (4). A questo possesso i giureconsulti sovente danno il nome di *nuda detentio*, *naturalis possessio*, *corporalis possessio*. Questo fatto talvolta si esprime per queste parole: *naturaliter possidere*, *in possessione esse* (5). Nondimeno questo fatto non è senza influenza sul diritto.

Ma ordinariamente non s'intende ciò nella legge per possesso propriamente detto (*possessio*). Il possesso agli occhi della legge non è solamente un fatto, ma è ancora un diritto. L'intenzione delle parti vi è presa in considerazione, e può anche non trovarvisi la detenzione corporale della cosa: « *Possessio non tantum corporis, sed juris est* (6); e viene espresso con queste parole, *civiliter possidere*, *jure civili possidere*; o semplicemente *possidere* (7).

Due elementi compongono questo possesso legale: il fatto, e l'intenzione (8).

Il fatto non è limitato, come quando si considerano le cose fisicamente soltanto, per la sola detenzione o occupazione reale della cosa. Vi ha fatto legale di possesso ogni volta che la cosa è a nostra libera disposizione. Ricorriamo alla filologia, e l'idea prenderà più lume e chiarezza. *Possessio* (da *posse* potere) ciò potenza; *possidere* avere in suo potere. Così quando il proprietario presso al suo fondaco ove son riposte le mercanzie che mi vuol consegnare,

(1) Molti comentatori han definito il dominio: *jus utendi*, *fruendi et abutendi*, *quatenus juris ratio patitur*: questa definizione non è interamente esatta; e poi non appartiene a' giureconsulti romani. Le espressioni *abuti*, *abusus* non si trovano presso quei giureconsulti così spesso, come si potrebbe immaginare, nondimeno s'incontrano qualche volta. Le parole *usus*, ed *abusus* sono opposte l'una all'altra. Cicerone parlando di una donna, a cui suo marito avea legato l'usufrutto de' suoi beni, dice che questa donna non era proprietaria del vino nè dell'olio, perchè di tali cose non si può godere che vendendole o consumandole; or a lei si era legato il *jus utendi*, e non il *jus abutendi*: *usus enim, non abusus legatus est, ea sunt inter se contraria* (Cic. *top.* 50.) Similmente Ulpiano parlando di quelle cose, di cui non si può godere che consumandole fa uso dell'espressione: *in abusu continentur* (*Ulp. Reg.* 24, 27). Ciò basta a farci vedere che *abusus* in latino portava l'idea di un uso che distruggeva, che consumava la cosa, ma non come nella nostra lingua, l'idea d'un uso smodato.

(2) Principalmente da questi smembramenti più o meno estesi i comentatori han cavato le loro divisioni del dominio in *plenum*, e *minus plenum*; *directum et utile etc.*

(3) *D.* 41, 2. — *C.* 7, 32.

(4) *D.* 41, 2, 1, §. 3, — 12, §. 1, — 17, §. 1 — 4, 6, 19.

(5) *D.* 41, 2, 3, §. 3, *f. Paul* — *Ivi* 24, *f. Javol.* — 43, 16, 1, §. 9. — 10, 4, 3, §. 15. — 39, 2, 7.

(6) *D.* 41, 3, 9. §. 1. *f. Pap.*

(7) *D.* 43, 16, 1, §. 9, — 10, 4, 3, §. 15, — 41. 6, 1, §. 2 — 39, 2, 7. Quest' ultimo frammento formalmente indica tra *in possessione esse*, e *possidere* la stessa differenza che noi abbiam notata tra *in servitute*, *in libertate esse*, e *servus esse*, *liber esse*.

(8) *D.* 41, 2, 3, §. 1, *f. Paul.*

me ne da le chiavi (1); quando egli mi mostra con dichiarazione di abbandonarmeli, il fondo di terra (2), il sacco di danaro (3), o gli oggetti (4), che mi cede, quantunque io ancora non ne abbia la detenzione, pure ne ho il possesso, perchè da questo momento sono in mio potere, a mia libera disposizione: « *Non est enim corpore*, *et tactu necesse apprehendere possessionem*, *sed etiam oculis et effectu* » (5). Per una estensione presso a poco somigliante, se il mio locatario, il mio mandatario, il mio figliuolo, o schiavo detengono un oggetto in nome mio, benchè essi abbiano la detenzione reale, pure siccome essi l' hanno per conto mio, non essendo per così dire che un istrumento, e siccome la cosa, agli occhi della legge, è in certa guisa a mia disposizione, in mio potere, per loro mezzo, così il fatto legale del possesso a me si appartiene (6).

Quanto all'intenzione, essa consiste nella volontà di possedere la cosa come padrone (*animus possidenti*, *animus dominii*). Così il locatario, il commodatario, il mandatario benchè tengano la cosa corporalmente, pure non ne hanno il possesso, perciocchè la loro intenzione è di ritenerla pel padrone. Similmente il furioso, il fanciullo, o la persona che dorme, non hanno il possesso della cosa, che tengono in loro mano, perciocchè eglino non hanno neppure l'intelligenza di questo fatto (*intellectus possidendi*) (7). Similmente lo schiavo non può mai avere il possesso legale per lui stesso, perciocchè egli non può avere per lui stesso niuna proprietà, e per conseguenza niuna intenzione di proprietà. Del rimanente o che uno sia di buona, o di mala fede, o che si creda proprietario della cosa, o nò, basta per esservi possesso, che si abbia la volontà di tenerla in questa qualità. Ma nell' un caso si ha un possesso di buona fede, e nell' altro un possesso di mala fede, il che produce delle differenze che più innanzi vedremo.

I principali vantaggi, che si ritraggono dal possesso sono: d' aver il diritto di ritenere la cosa in fino a che un altro abbia provato esserne il proprietario (8); di poter muover giudizio per conservare, o per farsi rendere il suo possesso (9); d'acquistare la proprietà tanto delle cose *nullius* di cui uno sia il primo ad impadronirsi, quanto delle cose, che il padrone vuol alienare a nostro favore (10); in fine d'acquistare in certi casi i frutti consumati, ed anche al termine di un tempo determinato, la proprietà delle cose che ad altri appartengono (11). Questi effetti non si trovan sempre riuniti, anzi ve ne ha taluni che non possono stare insieme; essi dipendono da diverse circostanze.

I vantaggi pel possesso possono come quelli del dominio essere separati l' uno dall' altro, e dati a differenti persone: così per arrecarne un solo esempio, quando uno ha data la cosa in pegno, la possiede sempre legalmente, ma non può farsela rendere senza pagare il debito; e le azioni tendenti a proteggere il diritto di possesso spettano al creditore che ha il pegno (12). Ma di questi diversi smembramenti non si deve fare altrettanti possessi differenti. Il possesso legale è uno, come una è la proprietà. Si considera sempre come possessore colui a nome del quale gli altri ritengono la cosa, egli ha l'*animus dominii*, egli acquista la proprietà per mezzo del possesso (13). Io so che Paolo (*D.* 41. 2. 3. §. 21.) annovera tanti generi di possesso, quante cause vi ha che lo producono; ch'ei distingue

(1) *Inst. inf.* §. 45.
(2) *D.* 41, 2, 18, §. 2, *f. Cels.*
(3) *D.* 46, 3, 79, *f. Javol.*
(4) *D.* 41, 2, 51, *f. Javol.*
(5) *Ivi* 1, §. 21, *f. Paul.*
(6) *Ivi* 9, *f. Gai.* (7) *Ivi* 1, §. 3.
(8) *Inst.* 4, 15, 1.
(9) *Ivi* 3, 4, 5, *e.* 6.
(10) *Infra* §. 12, *e seg.* 40, *e seg.*
(11) *Infra* §. 35. *e tit.* 6.
(12) *D.* 41, 3, 16. *f. Javol.*—44, 2, 36. *f. Jul.* Queste leggi dicono che chi ha dato in pegno sempre possiede, ma nondimeno de' diritti del possesso non gli rimane che quello di acquistare per l'uso, gli altri diritti son passati al creditore.

(13) Savigny ha pubblicato in tedesco un trattato al cui pregio nulla possono aggiugnere i miei elogi. Io ho seguito in questi principii generali una parte delle sue idee, senza adottarle tutte. Il Savigny distingue tre specie di possesso: il possesso corporale, il possesso propriamente detto o possesso pretorio, possesso *ad interdicta*, ed il possesso civile. Il possesso civile sarebbe quello, i cui effetti vengono dal diritto civile, e non dal diritto delle genti, nè dal diritto pretorio: questi effetti sono l' *usucapione*; all' appoggio di questa ingegnosa divisione il Savigny cita alcuni testi, e con essa risolve elegantemente parecchie difficoltà. Nonpertanto io non mi penso che questa divisione sia nelle leggi romane. Il possesso legale secondo le diverse circostanze produceva differenti effetti, ma in ciascuna di queste circostanze non si facevano altrettante specie differenti di possesso. Da un altro lato i vantaggi del possesso potevano esser divisi, come nel caso del creditore con pegno, ma ciascuno di questi diversi smembramenti non formava una specie diversa di possesso. Il possesso legale era uno, basta di ben distinguerne le frazioni, che in alcuni casi son divise tra diverse persone, e con l'aiuto di questa distinzione io trovo che si risolvono d'una maniera soddisfacente le difficoltà di alcuni testi.

gue quello di buona, o di mala fede, ma queste non sono che modificazioni accessorie.

Il possesso si applica solamente agli oggetti corporali: *Possideri autem possunt quae sunt corporalia* » (1). Per gli oggetti incorporali, vale a dire de' diritti, come quello di usufrutto, di servitù, non vi ha realmente possesso, ma per equità si è giunto a riconoscere un quasi possesso (*quasi possessio*), che anche consiste in due elementi: il diritto, e l'intenzione di esercitarlo come padrone di questo dritto (2).

De' modi di acquistare il possesso e la proprietà sotto Giustiniano.

XI. *Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarumdam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium, quarumdam jure civili. Commodius est itaque a vetustiore jure incipere: palam est autem vetustius esse jus naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit. Civilia enim jura tunc esse coeperunt cum et civitates condi, et magistratus creari, et leges scribi coeperunt.*

11. Ma le cose divengono de' particolari in più modi: noi acquistiamo il dominio o per diritto naturale, il quale, siccome abbiam detto, è appellato diritto delle genti, o per diritto civile. Bisogna adunque incominciar dal diritto più antico; e il diritto naturale è che fu prodotto dalla natura insieme con gli uomini; mentre il diritto civile cominciò ad essere allorchè le città furono edificate, creati i magistrati, e scritte le leggi.

La singolarità ne' modi di acquistare il dominio è interamente scomparsa sotto Giustiniano. I modi naturali sono posti francamente nel primo ordine, anche innanzi ai modi civili, perchè essi son più antichi ed han dovuto necessariamente precedere gli altri.

Il primo fra questi modi naturali è l'occupazione, alla quale si riferiscono i sette paragrafi che seguono. Noi ci facciamo ad esporre su questo soggetto alcuni principî generali, dopo di che delle brevi spiegazioni saranno al tutto sufficienti.

Egli è regola naturale, che le cose le quali non appartengono ad alcuno si acquistano dal primo che se ne impadronisce: « *Quod autem nullius est naturali ratione occupanti conceditur* ». In questo caso dal possesso nasce la proprietà, la quale nel fatto non ha avuto altra origine: « *Dominium ex naturali possessione coepisse, Nerva filius ait* ». (3). Per determinare se alcuno sia divenuto proprietario d'una cosa per l'occupazione, due soli punti sono ad esaminare: 1. se questa cosa capace di entrare nel patrimonio dell'uomo non apparteneva ad alcuno; 2.° se se n'è acquistato il possesso.

Il primo punto ci menerebbe a determinare quali sono le cose, le quali benchè capaci di entrare nel patrimonio degli uomini, non appartengono ad alcuno. Di questa materia abbiamo di già trattato quì sopra (p. 220).

E però noi sappiamo che l'occupazione si applica: a tutte le fiere selvatiche, che godono d'una libertà illimitata, alle selvaggine, agli uccelli; ai pesci, ed in generale a qualunque specie essi sieno: tra questi animali i giureconsulti romani pongono i pavoni, i colombi, e le api; a tutt'i prodotti degli animali selvatici, come sono i nidi degli uccelli, il mele delle api; ai nemici, ed a tutte le cose che loro appartengono; perciocchè pel soldato romano il soldato nemico, e quanto egli possiede sono cose *nullius* destinate a divenir sua preda; a tutto ciò che si trova nel mare, o sulla riva, come le conchiglie, le perle, le pietre preziose, i coralli, le isole sorte nel mare; finalmente agli oggetti, che il proprietario ha abbandonati con animo di non più averli (4).

Il secondo punto ci menerebbe a determinare in quali casi si acquista il possesso. Intorno a ciò noi sappiamo che si richiede il fatto, e l'intenzione; che sta nella volontà di aver la cosa per se, che il fatto non sta specialmente nel ritenere corporalmente una cosa, ma generalmente nell'avere la cosa per qualsivoglia modo in nostro potere. Così poco importa se la forza, l'artifizio, l'educazione, o il bisogno sia il legame che pone la cosa a mia disposizione; il leone che io tengo in una gabbia, il pesce che ho chiuso in un bacino, l'uccello al quale ho tagliato le ale, il cervo che ho addimesticato per modo che va e ritorna, le api, i colombi, che ritornano sempre agli alveari, o alla colombaia, perchè vi trovano sicuro ricovero, e modo da soddisfare ai loro bisogni, tutti questi animali sono egualmente mia proprietà, perchè sono in mio potere, e per conseguenza nel mio possesso (5). Similmente a nulla monta, in qual luogo io mi sia impadronito della cosa. I Romani proclamavano questo principio na-

(1) *D. 41. 2. 5. f. Paul.*
(2) *D. 4. 6. 25. §. 2. f. Ulp. — 8. 5. 18. f. Ulp. — 8. 1. 20. f. Javol.*
(3) *D. 41. 2. 1. §. 1. f. Paul.*
(4) *Inst. Infra §. 47.*
(5) *D. 41. 1. 5. §§. 2. 3. 4. 5. Gai. — D. 41. 2. 3. §§. 14. 15. 16. f. Paul.*

turale, che la caccia, e la pesca son permesse a tutti. Se alcuno sarà stato impedito dal cacceggiare, o pescare, in luogo pubblico, potrà citare in giudizio colui che gli ha fatto quest' ostacolo illegale; ed avrà contro di lui l'azione d' ingiurie (*injuriarum actio*) (1). L'animale, di cui un cacciatore si è impadronito, diventa sua proprietà, anche quando l'abbia preso in un fondo altrui, perchè quest' animale non era in proprietà di alcuno, e non apparteneva al padrone del fondo, sul quale passava (2). Nondimeno il proprietario può impedire che non si entri sulle sue terre, e se, non ostante la sua proibizione, alcuno vi entri, egli avrà un' azione contro colui che ha violato la sua proprietà (3). Alcuni comentatori, tra'quali trovasi Cujacio, han pensato che in questo caso il cacciatore non diviene proprietario di ciò che prende, ma questa opinione non è da ammettersi (4).

Quando concorrono insieme le due circostanze che ora abbiamo spiegate, cioè che si tratta di una cosa *nullius*, e che una persona ne ha acquistato il possesso, ella ne diviene proprietaria. Se adunque alcuno s' impadronisse dell' uccello ch'io ho addimesticato, delle api che stanno ne'miei alveari, egli commetterebbe un furto; io avrei contro di lui l' azione di furto (*actio furti*), ed il diritto di farmi render la cosa (5).

Ma questa proprietà che risulta dal possesso dura tanto quanto il possesso medesimo. Se il leone rompe la sua stia e fugge, se l'uccello, che col tempo ha di nuovo cresciuto le ali, se ne vola via, se il cervo addimesticato scuote il giogo dell'educazione, e perde l' abitudine di ritornare, se le api o i colombi abbandonano gli alveari o la colombaia, il legame che riteneva questi animali in mio potere è disciolto, essi non mi appartengono più. La regola che deesi a tal riguardo osservare è che la cosa non ha cessato di esser mia, se non quando è ritornata nel suo stato naturale. Così il nemico, del quale io m'era impadronito, e che è fuggito non cesserà d' esser mio se non quando sarà ritornato tra'suoi. Similmente se le pietre preziose, le conchiglie, che io ho raccolte dal mare, cadono senz'avvedermene sulla via che ho percorsa, appartengono sempre a me, ma se ricadono in mare o sulla riva per modo che si possan dire ritornate al loro stato primiero, non mi appartengono più.

Questi sono i principii generali della materia; vediamo intanto i particolari che ne danno le Istituzioni.

XII. ***Feras igitur bestias, volucres, et pisces, id est omnia animalia quae mari coelo, et terra nascuntur, simul atque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt: quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. Nec interest feras bestias, et volucres utrum in suo fundo quis capiat an in alieno. Plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia potest a domino, si is praeviderit, prohiberi ne ingrediatur. Quidquid autem eorum ceperis, eo usque tuum esse intelligitur, donec tua custodia coerceatur. Cum vero evaserit custodiam tuam, et in libertatem naturalem se receperit, tuum esse desinit, et rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur cum vel oculos effugerit, vel ita sit in cospectu tuo, ut difficilis sit persecutio.***

12. Le fiere selvatiche adunque, gli uccelli, i pesci, e tutti gli animali, che crescono in mare, in aria, e in terra, presi da qualcuno, cominciano ad esser suoi per diritto delle genti, perchè quello che non è per innanzi di alcuno, è conceduto per ragion naturale a chi l' occupa, e non importa se piglia le bestie, e gli uccelli più nel suo, che nell'altrui fondo. Ben è vero però che a colui che entra nell'altrui fondo per cacceggiare, o uccellare, può dal padrone esser vietato l' entrarvi dentro. E qualunque animale di quelli che tu piglierai, s'intende esser tuo fin a tanto che sarà in tua custodia, ma se fuggirà, e racquisterà la sua libertà naturale, cessa di esser tuo, e divien di colui che lo prende di nuovo. S'intende poi che acquisti la naturale libertà, quando sia sparito dagli occhi tuoi, o anche essendo in tua presenza, sia molto difficile raggiungerlo (6).

XIII. *Illud quaesitum est an si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intelligatur. Quibusdam placuit statim esse tuam, et eo usque tuam videri, donec eam persequari. Quod si desieris persequi, desinere esse tuam, et rursus fieri occupantis. Alii non aliter putaverunt tuam esse, quam si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quia multa accidere solent ut eam non capias.*

13. Si è ricercato se la fiera salvatica sia subito tua, quando è ferita in maniera che si possa pi-

(1) *D. 47. 10. 13. § 7. f. Ulp.*

(2) *D. 41. 1. 3. §. 1. e f. 5. §§. 2. e 3. Gai.— D. 47. 2. 26. f. Paul.*

(3) L'azione d'ingiurie *(injuriarum actio)*, dicono la più parte dei Comentatori, e citano per provarlo la legge 13. §. 7. f. Ulp. nel Digesto lib. 47. tit. 10. Ma questa legge parla del caso, in cui uno è stato ingiustamente impedito di cacceggiare, o pescare in un luogo pubblico, e non del caso, in cui alcuno è venuto a cacceggiare a vostro malgrado nel vostro fondo. Adunque solo per analogia possiam conchiudere da un caso all' altro.

(4) Essa non è fondata che sopra un' induzione tratta dalla legge 55. f. Procul. D. 41. 1.

(5) *D. 10. 2. 8. §. 1. f. Ulp. — D. 47. 2. 37. f. Pomp.*

(6) *Gai. 2. 67.*

gliare. A certi è piaciuto che sia tua, finchè non cessi di seguitarla, poichè allora ogni altro che la prenda, se ne impadronisce. Altri hanno giudicato ch'essa non sia tua altrimenti, se non quando l'abbi presa. Ma noi confermiamo quest' ultima opinione, perciocchè si possono dar molti incidenti per far che tu non la prenda.

Questa quistione avea diviso i giureconsulti; Gaio espone i due avvisi attribuendo il primo a Trebazio, ed indicando il secondo come quello ch' era seguito dalla maggior parte. L'avviso di Trebazio menava a questa conseguenza, che se, mentre io perseguitava l'animale, alcuno se ne fosse impadronito per ritenerlo questi avrebbe commesso un furto (1).

XIV. *Apium quoque natura fera est. Itaque quae in arbore tua consederint, antequam a te alveo includantur, non magis tuae intelliguntur esse, quam volucres, quae in arbore tua nidum fecerint. Ideoque si alius eas incluserit, is earum dominus erit. Favos quoque, si quos effecerint, quilibet eximere potest. Plane* integra re *si praevideris ingredientem in fundum tuum, poteris eum jure prohibere ne ingrediatur. Examen quoque quod ex alveo tuo evolaverit, eo usque intelligitur esse tuum, donec in cospectu tuo est, nec difficilis ejus persecutio; alioquin occupantis fit.*

14. La natura parimente delle api è salvatica, e pertanto le api le quali si poseranno sul tuo albero, innanzi che sien rinchiuse nell' alveare non s'intendono esser tue più di quello che sieno gli uccelli che faranno il lor nido sul tuo albero; laonde se un altro le rinchiuderà, ne sarà egli il padrone. E s'essi avranno fatti i favi, ciascuno li può spiccare. *Ma non essendo ancora spiccati*, accorgendoti di questa cosa, tu potrai vietar con ragione che alcun non entri nel tuo fondo. E lo sciame che si partirà volando s'intende esser tuo fino a tanto che è in tua presenza, e che non ti è difficile il seguitarlo, ma essendo altrimenti, esso diviene dell'occupante.

Integra re. Cioè prima che le api o i favi sieno stati presi; perchè se egli di già se n'è impadronito, appartengono a lui.

XV. *Pavonum etiam et columbarum fera natura est: nec ad rem pertinet quod ex consuetudine evolare, et revolare solent; nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam. Cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut in sylvas ire, et redire soleant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. In iis autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque tua esse intelligantur, donec animum revertendi habeant. Nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, et fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere, tunc cum revertendi consuetudinem deseruerunt.*

15. La natura de' pavoni, e de' colombi è similmente salvatica, e ciò nondimeno non importa s' essi per usanza sogliono volare, e rivolare, perciocchè anche le api fanno il medesimo, e son di natura salvatica. Alcuni uomini hanno cervi così mansueti, e domestici, che sogliono andare e ritornar della selva: tuttavia non è chi nieghi che la lor natura non sia salvatica. In cosiffatti animali i quali soglion per usanza andare, e ritornare si è approvata questa regola, che essi tanto s'intendono esser tuoi, quanto avranno volontà di tornare, perchè se non avranno più volontà di tornare, cessano eziandio d' esser tuoi, e divengono di chi li prende. Ed allora pare che non abbian più volontà di tornare, quando ne avranno lasciata l' usanza (2).

XVI. *Gallinarum et anserum non est fera natura, idque ex eo possumus intelligere, quod aliae sunt gallinae quas feras vocamus, item alii sunt anseres, quos feros appellamus. Ideoque si anseres tui, aut gallinae tuae aliquo casu turbati, turbataeve evolaverint, licet conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint, tui tuaeve esse intelliguntur, et qui lucrandi animo ea animalia retinet, furtum committere intelligitur.*

16. La natura delle galline e delle oche non è salvatica, il che possiamo comprender da questo, che ci sono altre galline, ed altre oche le quali son chiamate salvatiche. Se adunque le tue oche o galline in alcun modo turbate, voleranno via, quantunque sieno lontane dal tuo cospetto, nondimeno s' intendono esser tue in qualunque luogo: che chi ritiene cosiffatti animali con animo di guadagnare commette furto.

XVII. *Item ea quae ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt: adeo quidem ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur. Qui tamen, si evaserint nostram potestatem, et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.*

17. Similmente subito divengon nostre per diritto delle genti quelle cose, che noi togliamo agli inimici, di maniera che anche gli uomini liberi vengono in servitù nostra, i quali nondimeno fuggendo dalla potestà nostra, e ritornando ai loro, ritornano nel primo loro stato.

Questo principio trovasi consacrato in Gaio in questi termini: «*Ea quoque quae ex hostibus capiuntur naturali ratione nostra fiunt*» (3); in Celso, che aggiugne una nuova circostanza, cioè che gli oggetti tolti agli inimici non divengono pubblici: «*Et quae res hostiles apud nos sunt non publicae, sed occupantium fiunt*» (4); finalmente in Paolo

(1) *D. 41. 1. 5. §. 1. f. Gai.*
(2) *Gai. 2. §. 68.*
(3) *Gai. 2, 69.*
(4) *D. 41. 51. f. Gai.*

che li assomiglia alle altre cose *nullius*: « *Item bello capta, et insula in mari enata, et gemmae, et lapilli*, etc... *eius fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est* »(1). Nondimeno altrove troviamo delle leggi che sembrano contrarie. Il campo tolto ai nemici divien pubblico, dice Pomponio: « *Publicatur ille ager, qui ex hostibus captus sit* » (2). Noi potremmo anche citare parecchi altri frammenti relativi alle terre conquistate. Del rimanente la storia ci rende certi che queste terre divenivano pubbliche. (Ved. *General. del dritto rom.* n. 44). Alcune volte parte se ne lasciava ai vinti, parte si distribuiva ai coloni, o veterani, e parte si vendeva a profitto dello stato, ovvero si dava in affitto, ed in questo caso si riscuoteva dal tesoro pubblico la rendita, che dicevasi *vectigal* (3). Non sarebbe malagevole a conciliar queste leggi; basterebbe il dire che gli oggetti mobiliari tolti al nemico in guerra appartenevano al primo occupante, ma gl'immobili divenivano dello Stato: e questa è infatti l'opinione adottata da molti comentatori. Ma alcuni altri testi (4), e qualche fatto della storia pare che attribuiscano allo stato e mobili, ed immobili. A conciliare tutte siffatte idee si può dire, che in generale i nemici, e i loro oggetti mobiliari conquistati in guerra erano del primo occupante, quando si trattava di un'occupazione individuale; ma che questa regola era modificata dalla disciplina militare, in quanto al bottino fatto in comune. Nel momento della spedizione, dice Polibio, nel campo si faceva giurare a'soldati di non sottrarre nulla dal bottino; mentre una parte correva a metter tutto a sacco e a ruba, un altra si rimaneva apparecchiata a recar soccorso ove fosse mestieri. In tal modo questo autore ci narra avere Scipione dopo il sacco di Cartagine fatto distribuire alle legioni il bottino, ma aver conservato per lo stato il pubblico danaro trovato nella città, ed i prigionieri, che come schiavi del popolo romano, destinò al servizio delle navi (5). Riassumendo, per quanto si appartiene ai mobili, talvolta il bottino messo in comune era diviso, e se ne attribuiva una parte allo stato, ed ai generali, talvolta, come in un fatto d'arme particolare, era personalmente acquistato da chi avea fatta la preda. A riguardo poi degl'immobili, essi divenivano pubblici, perchè il suolo apparteneva al popolo, o a Cesare.

XVIII. *Item lapilli, et gemmae, et caetera, quae in littore inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt.*

18. Similmente le pietre preziose, e le gemme, e tutte le altre cose che son ritrovate nel lido, per diritto naturale son subito di colui che le trova.

Qui finisce la serie dei paragrafi relativi al modo di acquistare, che stiamo esaminando. Più innanzi troviamo alcune parole sulle isole sorte nel mare, e sugli oggetti abbandonati dal padrone. Alcuni comentatori, secondo che l'occupazione si applica a diversi oggetti, ne fanno altrettante diverse specie di acquisto: *venatio, aucupium, piscatio, occupatio bellica, inventio* (6). Ma per noi, in tutto questo veggiam sempre che l'acquisto della proprietà deriva da due circostanze sempre le stesse, cioè: 1.° che la cosa non sia in proprietà di alcuno; 2.° che se ne sia acquistato il possesso.

Se dovremmo trattare il soggetto filosoficamente, un'analisi razionale ci mostrerebbe, che nell'occupazione vi è il lavoro, e che questa è la causa legittima di acquistare, quando la cosa è suscettibile di essere appropriata.

Allato all'occupazione i comentatori del dritto romano han posto un altro modo naturale di acquistare, che da una parola latina stornata dal senso che i romani le attribuivano, han nominato *accessio*, accessione, la quale consiste nell'acquisto che il proprietario di una cosa principale, naturalmente, e per la forza stessa del fatto viene a fare di tutto ciò che si congiugne, e riunisce come accessorio alla sua cosa.

Questa teorica generalmente ricevuta continua ad esser seguita da più accreditati giureconsulti italiani, ed alemanni. Essa è passata ne' moderni codici, e segnatamente nel nostro codice civile, in cui due capitoli trattano specialmente del dritto di accessione (7).

---

(1) *D. 41. 2. 1. §. 1. f. Paul.*
(2) *D. 49. 15. 20. §. 1. f. Pomp.*
(3) Paolo parlando delle terre prese sui Germani dice, *Has possessiones ex praecepto principali partim distractas, partim veteranis in praemia adsignatas... (D. 21. 2. 11.)*
(4) *Divus Commodus rescripsit obsidum bona, sicut captivorum omnimodo in fiscum esse cogenda (D. 49. 14. 30. f. Marc.)* Un'altra legge presenta come colpevole di peculato, cioè di furto sui beni pubblici colui che ruba il bottino: « *Is qui praedam ab hostibus captam subripuit, lege peculatus tenetur* ». *(D. 48. 13. 13. f. Modest.)*
(5) *Polyb. lib. 10.* (6) *Heinnec. lib. 2. § 344.*
(7) *Cod. civ. artic. 546, e seg* (art 471, e seg. Leggi civili)

Non pertanto uno degl'insigni professori di dritto romano nella nostra Università, il Ducaurroy, di cui la perdita recente è stata un duolo per la scienza, ha mosso dubbio intorno all'esistenza del dritto di accessione come modo di acquistare nella romana legislazione (1); e da un altro lato questo medesimo diritto è stato pur contrastato non già nella sua esistenza storica, ma nel suo fondamento filosofico, e di ragione.

Noi dobbiamo brevemente porre ad esame e risolvere queste due quistioni.

La parola *accessione* presa nel senso che ora se le dà realmente, non appartiene alla legislazione Romana. Ne' comentarî di Gaio, ne' frammenti de' diversi giureconsulti, nel Digesto, nelle Istituzioni non si trova mai la parola *accessio* per dinotare in generale un modo naturale di acquistare; essi espongono per verità diversi casi, che vi si posson riferire, ma senza dare un nome speciale ad un principio comune, che tutti per avventura li potesse regolare. Se la parola presa in questo senso è estranea alle leggi Romane, lo stesso è a più forte ragione della divisione fatta dagli antichi comentatori in accessione naturale, artificiale, o mista, secondo che l'accessorio è stato riunito al principale dalla natura, dall'arte, o dall'una, o dall'altra insieme: divisione inesatta, inutile, e non romana.

Ma dopo di aver fatto ragione della parola (2), veniamo alla cosa; il mio avviso è 1.° sotto il rapporto storico, che questa causa di acquisto esiste, ed è riconosciuta nella legislazione romana, quantunque non se ne sia fatto un modo di acquistare con un nome speciale; 2.° che considerando le cose sotto il puro aspetto filosofico, essa si dee parimente ammettere (3).

Accessio è frequentemente adoperato nelle leggi romane a significar l'accessorio, l'oggetto riunito accessoriamente, vale a dire come dipendenza, come appendice, come parte subordinata ad una cosa principale. Questa parola adunque dinota la cosa riunita, e non il fatto della riunione (4); ed in questo senso noi l'useremo sempre: *l'accessione*, cioè *la cosa accessoria*.

Accedere, *cedere* sono locuzioni anche più frequentemente adoperate nel diritto romano, per dire seguir la sorte della cosa principale, esser tratto, assorbito da quella.

Posto ciò, noi troviamo espressa in varie forme da' giureconsulti romani la regola, che Ulpiano laconicamente riassume in questi termini: *Accessio cedat principali*, l'accessione (la cosa accessoria) segua il principale (5).

Questa massima riceve da prima la sua applicazione in ogni disposizione sia per vendita, per fitto, o altro contratto, sia per legato, o altrimenti, allorchè trattasi di determinare a quali oggetti la disposizione si estende: l'accessione vi è sempre compresa col principale, di cui segue la sorte, salvochè non ne sia stata espressamente eccettuata (6). Se le parti rivocano la disposi-

---

(1) « 353. . . . I giureconsulti romani dicono espressamente, che le cose si acquistano *per traditionem (§. 40, h. t.)*, che le cose *nullius* appartengono al primo occupante *(§. 12, h. t.)*, ma io non ho mai letto in alcuno di essi, che l'accessione fosse una maniera di acquistare, nè che una cosa divenuta l' accessorio di un'altra cessasse solo per questo di appartenere al suo primo proprietario. Io anzi mi prometto di dimostrare, che i testi decidono realmente il contrario — 354. L' accessione, io ne son convinto, è un fatto che non trasmette, e per conseguenza non fa acquistare *(ne fait point acquérir)* ad una persona quel che è in proprietà di un altra.... » etc. *(Ducaurroy Institutes nouv, expliquées* dern. edit. t. 1. p. 266).

(2) Notate che la parola *accessio* presa nel senso che oggidì se le dà, debb'esser riprovata come espressione latina unicamente nel diritto romano, perchè è un barbarismo, ma ciò non impedisce che nel nostro diritto; e nella nostra lingua la parola *accessione* non sia incontrastabilmente consacrata, e non renda perfettamente l'idea.

(3) Sotto quest' ultimo aspetto della quistione si può veder *Bentham: Traités de législation civile et pénale*, 2. part. *chap. 1*, §. 3, fino a 8.

(4) Tale è il senso in quel titolo del Digesto: *De usuris et fructibus, et causis, et omnibus accessionibus (D. 22, 1)*. — Similmente qui appresso § 26. — *D. 6, 1, 23, §. 5, f. Paul.—7, 4, 8, e 10, pr. f. Ulp. — 34, 2, 19, §. 13, f. Ulp., 29, f. Florent. etc. etc.* — Similmente in una moltitudine di passi, in cui è adoperata a significare gli accessorî incorporali di un credito, come i mallevadori, i pegni, le ipoteche, che son chiamate *accessiones*, accessioni dell'obbligazione principale. Vedi qui appresso *Inst. 3, 20, §. 5. — D. 46, 3, 43, f. Ulp. — 46. 1, 71, pr. f. Paul. — 45, 1, 91, § 4, f. Paul. etc. etc.* Da ultimo si trova ancora questa dicitura quasi consacrata nel senso di *accessio possessionis*, vale a dire riunione del possesso cominciato da una persona al possesso continuato dal suo successore; il che si avvicina maggiormente al senso grammaticale, che oggi volgarmente se le attribuisce, perciocchè qui si dinota il fatto della riunione de'due possessi. *D. 41, 2, 13, e 14, f. Ulp. e Paul. 44, 3, 14, f. Scaev.* e generalmente in tutto questo titolo: *De diversis temporalibus praescriptionibus, et de accessionibus possessionum.*

(5) *Dig. 34, 2, 19, §. 13, f. Ulp.*

(6) Ved. pei legati *Dig. 34, 2, 19, f. Ulp.; 20, f. Paul.* e molte leggi di questo titolo. — *tit. 30, 41, §. 12. — tit. 32, 31, e 66 — 33, 6, 15; 33, 7, 20, §. 7.* — Per le vendite: *Dig. 18, 1, 47, 48, 49, 78, pr. 19, 1, f. 13. §. 31, f. 15, 16, 17, etc. etc.*

zione, o il contratto quanto al principale, esso è rivocato eziandio quanto all'accessione. Ed ancora in gran numero di casi, quantunque non in tutti, se il principale viene a perire, la disposizione, o il diritto si estingue parimente a riguardo delle accessioni (1). Del resto non trasandiamo di notare, che la regola quì sopra riferita *accessio cedat principali* è formolata da Ulpiano all'occasione de' legati, e che fin quì non si tratta che di determinare l'intenzione delle parti, o di regolare gli effetti dell'atto in materia di contratti, e di disposizioni.

Ma la stessa massima, e le stesse voci s'incontrano ancora quando si tratta non di contratto, ma delle conseguenze della proprietà, o del suo acquisto. In questo senso appunto dice Gaio: « *Omne quod inaedificatur solo cedit* », (2) e nelle sue Istituta sotto una forma più generale: *Superficies solo cedit* » (3); ed altrove per le piante: « *Plantae quae terra coalescunt solo cedunt* »; e per la scrittura: « *Literae quoque, licet aureae sint, chartis, membranisque cedunt* » (4); e i giureconsulti, discutendo se la tela debba esser considerata come l'accessione della pittura, o la pittura come l'accessione della tela: « *Quidam putant tabulam picturae cedere, aliis videtur picturam, qualiscumque sit, tabulae cedere* » (5); e diversi altri esempi che si potrebbero oltremodo moltiplicare, ma che noi termineremo con queste due enunciazioni generali di Paolo: « *Necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest. Quaecumque aliis juncta sive adjecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent dominus vindicare non potest* » (6). Tutto ciò pone fuor d'ogni dubbio che la regola generale e naturale: *accessio cedat principali* era ricevuta, e proclamata dai romani in termini identici, tanto in materia di proprietà, che in materia di contratti, e disposizioni.

Ma l'effetto di questa massima poteva mai essere di far acquistare ad una persona quel che era proprietà di un' altra? Benchè gli effetti non fossero sempre gli stessi ne' differenti casi, pure lungi dal non trovare alcun testo per l'affermativa, eccone uno del giureconsulto Paolo, il quale si esprime su questo soggetto in termini così chiari che non si potrebbe più: « *In omnibus igitur istis, in quibus mea res per praevalentiam, alienam rem trahit, meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli* (mali), *cogar pretium ejus, quod accesserit dare* » (7). In tutti quelli casi, ne' quali la mia cosa *per praevalentiam*, per predominio, *alienam rem trahit*, trae la cosa altrui, *meamque efficit*, e la fa mia . . . egli è impossibile di esprimere più energicamente il predominio della cosa principale, l'assorbimento della cosa d'altrui, e la proprietà che a me se ne trasferisce.

Resta dunque stabilito in fatto che la riunione d'una cosa in qualità d'accessione ad un'altra era ammessa nel dritto romano come causa di acquisto in taluni casi, anche riguardo alle cose che di già appartenevano ad altri.

Ora noi dobbiamo brevemente valutare questo avvenimento, e le sue conseguenze da prima sotto il rapporto della ragione filosofica, e di poi nei particolari della giurisprudenza romana.

Se una cosa viene a riunirsi, a congiungersi con la mia non per semplice avvicinamento, nè per semplice aderenza, che lascerebbe a ciascuna la propria individualità, ma incorporandosi, identificandosi con essa in guisa da divenirne una dipendenza, una parte subordinata, in ciò vi ha un fatto potente, che non potrà non esercitare la sua influenza sul diritto, e che dovrà ad esso comandare.

Proprietario della mia cosa, io non posso altramente averla da quella che è; io subisco gli effetti di tutte le sue modificazioni: se essa si diminuisce o accresce, ciò è a mia perdita o guadagno, salvo il regolamento de' diritti tra me, ed i terzi, che potrebbe-

(1) Ciò è vero pe'legati pe' quali la regola è così espressa da Gaio: « *Quae accessionum locum obtinent, extinguuntur cum principales res peremptae fuerint* ». *(Dig. 33, 8, 2, f. Gai.)* Similmente in materia di obbligazioni, dove l'estinzione principale estingue tutte le accessioni: « *In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores; hypotecae, pignora* ». *(Dig. 46, 3, 43, f. Ulp.)*

(2) *Dig. 41, 1, 7,* §. *10 f. Gai.*

(3) *Gai, 2,* § *73.*

(4) *Dig. 41, 1, 9, pr. e* §. *1, f. Gai.*

(5) Quì appresso §. *34. — Dig, 41, 1, 9,* §. *2, f, Gai — 6, 1, 23,* §. *3, f, Paul.*

(6) *Ivi 23,* §§. *3, e 5.* Aggiugnete quest' altro frammento dello stesso giureconsulto: « *Proculus indicat hoc jure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset, in quibus propria qualitas expectaretur, si quid additum erit, toto cedit; ut statuae pes, aut manus; scypho fundus, aut ansa; lecto fulcrum; navi tabula, aedificio coementum: tota enim ejus sunt, cujus antea fuerant* ». *(Dig. 41, 1, 26,* §. *1, f. Paul.*

(7) *Dig. 6, 1, 23,* § *4, f. Paul.*

ro esser la cagione dell'uno, o dell'altro di questi fatti. Il risultamento è forzato e necessario, ed è più la conseguenza del diritto di proprietà, che un nuovo diritto.

Si dee adunque riconoscere, e dire che ciò che i comentatori han chiamato *diritto di accessione*, è in realtà un effetto del diritto di proprietà, ma questo è un effetto particolare, che meritando un'attenzione speciale può ben ricevere convenevolmente una denominazione particolare e propria; e nel quale in sostanza il proprietario fa acquisto di una cosa appartenente ad altri, perchè viene assorbita dalla sua propria: e ciò fa sorgere pe' giureconsulti, e pel legislatore delle importanti quistioni a regolare.

Si deve anche aggiugnere che vi ha dei casi, in cui l'incorporazione, l'identificazione della cosa accessoria con la principale non è così intera ed assoluta; in cui il fatto non comanda così imperiosamente; ma il legislatore, più che la forza delle cose, in considerazione di questo fatto, e per un estimazione legislativa di ragione, o di utilità, ha fatta l'attribuzione della proprietà, quando avrebbe potuto altramente decidere.

In fine se noi ci facciamo più addentro nell'intima natura del fatto, che chiamasi accessione, vedremo ch' esso produce una specie di occupazione, o presa di possesso. Occupazione d'una natura al tutto particolare; perciocchè avviene non per volontà delle parti, ma a loro insaputa, ed anche a loro malgrado, per la cosa istessa. Il possessore che ha in suo potere, in suo possesso la cosa, ha parimente per suo mezzo, ed anche senza saperlo, in suo potere e possesso ciò che è venuto a subordinarsi, ed incorporarsi ad essa, ed abbandonando l'uno, è astretto ad abbandonar l'altro, giacchè per la cosa istessa si è operata, e si mantiene l'occupazione.

Ciò posto il fatto che riunisce, e subordina ad una cosa principale le accessioni, può avvenire: o per cose che non appartenevano ancora ad alcuno (*res nullius*); o per cose provegnenti originariamente dalla proprietà altrui, ma sulle quali è impossibile a chicchessia di riconoscere, o dimostrare alcun diritto; o da ultimo per cose appartenenti ad altri.

Nel primo caso, nello stesso modo che la vera occupazione delle cose *nullius* operata per mia volontà me ne rende proprietario, parimente la specie di occupazione che si opera per la mia cosa istessa, mi fa acquistare il nuovo oggetto, che vi si è incorporato, o subordinato come accessione. La causa attributiva è ugualmente ragionevole e giusta. Questo nuovo oggetto da cosa *nullius* che era in prima divien mio: vi ha dunque acquisto di proprietà. Notate che quì la legge dovrà mostrarsi meno rigorosa nelle condizioni del fatto. Non sarà necessario che vi sia stata incorporazione, assorbimento irrimediabile del nuovo oggetto nella mia cosa: potrà bastare un avvicinamento, un'adesione; che sufficientemente lo mostri come un appendice, o dipendenza, poichè non si tratta di spogliar altri, ma di far passare nel dominio dell' uomo ciò che ne era fuori. Così se de' colombi, o delle api selvatiche attirate da'miei colombi ed api domestiche vengano a congiungersi ad essi, e stabilirsi nel mio colombaio, o ne' miei alveari, anche a mia insaputa, questi animali, ed il prodotto che daranno mi appartengono; e chi venisse a prenderneli commetterebbe un furto. I romani riferivano a questo primo caso quello del fiume che abbandona il suo letto. Il letto rimasto asciutto era considerato come *res nullius*, perchè esso non era pubblico, se non fino a tanto che vi scorrevano le acque, e come cosa divenuta *nullius*, era attribuito per metà ai proprietari vicini in qualità di accessione de'campi siti lunghesso le rive (1). Lo stesso era per le isole nate nel fiume.

Tutto ciò che abbiam detto del primo caso si applica per la stessa ragione al secondo. Anche quì non si tratta di spogliare alcuno, giacchè non è possibile che le cose si riconoscano da chicchessia. Così le frondi staccate nell'autunno da diverse proprietà, e confuse con le mie sul terreno che mi appartiene, senza che sia possibile ad alcuno di riconoscere ciò che viene dal suo fondo; l'alluvione con che il fiume insensibilmente accresce il mio campo ch'è sulla riva, o anche il limo nero e fecondante che si può perfettamente riconoscere, e che il fiume deposita in un tratto in tempo d'inondazione, tutto ciò quantunque provegnente dal fogliame, dalle terre, dal guasto dell'altrui proprietà, siccome niuno può dire: *ecco ciò che mi appartiene*; così diviene mia proprietà come accessione del mio suolo anche ne' casi in cui non vi è stato assorbimento, o incorporazione irrimediabile.

Se ci limitassimo ai due casi precedenti,

---

(1) Ved, quì appresso §§. 23, e 24. — *Dig.* 41. 1, 30, §. 1, *f. Pomp.*

ciò pure sarebbe sufficiente, perchè il fatto del quale c' intratteniamo si dovesse annoverare tra le cause di acquisto. Esso sarebbe una causa operante solamente sulle cose *nullius* come l'occupazione.

Ma la sua influenza si estende eziandio ad un terzo caso, quello cioè in cui l'accessione è una cosa appartenente ad altri. Quì l'avvenimento tende a spogliare l' uno per l'altro, ad attribuire all'uno ciò che apparteneva all'altro ; bisogna confessare che il fatto di accessione in se stesso non si presenta alla ragione come una causa legittima di siffatta trasmissione. E se proseguiamo a tal proposito la comparazione che abbiamo già fatta, a quella guisa che l'occupazione applicata alle cose altrui non è un motivo per acquistar la proprietà , lo stesso principio deve ritenersi per l'accessione, la quale non è che una specie di occupazione operata dalla cosa stessa.

Intanto l' accessione non è un fatto così semplice come l'occupazione: gli effetti della occupazione possono cessare a volontà ; chi si è impadronito d'una cosa, può lasciarla: mentre nell' occasione havvi una specie di occupazione materiale spesso difficile o dannosa a farla cessare , e talvolta anche senza rimedio. Ecco perchè il legislatore dee intervenire per discernere ciò che v' ha di meglio a fare per sfuggire alle conseguenze di questo fenomeno fisico , accomodare i diversi diritti che sono in collisione , e soddisfare a tutti i legittimi interessi.

Tre situazioni possono presentarsi.

1.° Se vi ha incorporazione, assorbimento da non potersi più impedire, commistione che è impossibile fisicamente di segregare, questo è un fatto consumato, che comanda imperativamente, ed altera e distrugge il diritto, alterandone e distruggendone l'oggetto : l' uno ha perduta la sua cosa , poichè ha cessato di essere quella che era: l'altro l'ha acquistata , o per dir meglio ne ha profittato, poichè è divenuta parte integrante e subordinata alla sua; il proprietario del principale s'è arricchito della accessione : non resta che a regolarne i diritti d'indennità. Il mio cane mangia il pane che ha tolto al panattiere; si dica che io sia divenuto proprietario di questo pane per accessione? Il ladro mangia i commestibili che ruba , dirassi di averne acquistata la proprietà? Vi è stato consumo, ma non acquisto. Molti casi di accessione non presentano che fatti come questo: bisogna dunque esser di accordo su di ciò, e non far più quistione di voci.

2.° Può avvenire, che sarebbe stato possibile far cessare l'avvenuta riunione , ma ragioni di pubblica utilità, di agricoltura , d'arti belle , di utilità privata e di altro vi si oppongono; ragioni, il cui pensiero universale è nel fondo , di non esagerare i diritti di proprietà fino a distruggere a forte detrimento di uno ed a debole vantaggio di un altro, un nuovo oggetto , o una composizione la di cui creazione ha formato un aumento di valore nella massa della ricchezza sociale. In questo caso ancora il proprietario dell'oggetto principale ritiene le cose nello stato in cui sono; riterrà l' accessorio salvo una norma d'indennità. Nella opinione la più comune , si ritrova in ciò un acquisto per accessione, salvo, s'intende l'indennità dovuta al proprietario spossessato; una specie di spropriazione forzata , mediante indennità, di cui il fatto che chiamasi accessione n'è incontestabilmente la causa. Altri non si arrestano a questa causa materiale , rimontano alla causa morale , alla ragione di pubblica utilità , di agricoltura, di belle-arti, e dicono: ecco il motivo. Tale è se non m'inganno l'insegnamento del nostro collega ed eccellente amico M. Oudot. Noi riconosciamo che siffatta analisi è più completa, che essa va più innanzi, e che vi è tutto a guadagnare per lo spirito umano nel rimontar di causa in causa quanto più lontano è possibile.

3.° Se non vi è alcuna di queste ragioni, ed il mezzo di rimettere le cose nello stato primiero è possibile, dev'essere apprestato alla parte che ha perduta la cosa.

In ogni caso il suo diritto di proprietà rinascerà sulla cosa , se ritorna al suo stato primitivo, meno se non vi abbia rinunziato in seguito di un accomodamento , o che le stesse ragioni di pubblica utilità, d'agricoltura, di belle-arti , che impedivano di far operare la separazione , l' impediscono di profittare di quella che ha avuto luogo momentaneamente. In tutti i casi chiunque si arricchisce a danno altrui deve l'indennità.

Infine non vi sono de' casi in cui il fatto è dubbio? In cui nell'assorbimento reciproco di due cose l'una nell'altra il legislatore deve determinare quale è la principale e quale è l'accessione ? E se nè l'una nè l'altra possono considerarsi come tali, quali debbono essere i diritti delle parti ? Qual considerazione attribuire alla diversità delle cagioni, l'azzardo, la buona, o la cattiva fede ? Tali sono i problemi che si presentano nel diritto.

Dopo questi principî generali passiamo

ai particolari della legge romana, ed alla spiegazione de' paragrafi seguenti. Noi avremo il mezzo di riconoscere con certezza ciò che realmente è conseguenza del fatto di accessione, da ciò che ad esso falsamente viene attribuito.

XIX. *Item ea quae ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, eodem jure tibi acquiruntur.*

19. Similmente ciò che nasce dagli animali, che sono sottoposti al tuo dominio pel diritto naturale si acquista da te.

Questo non è che uno de' diritti compresi nel diritto di proprietà: il *jus fruendi* (Ved. p. 124). Il frutto è un prodotto della mia cosa; esso riconosce l' essere dalla mia cosa; questa è la causa efficiente, la causa generatrice; esso dunque mi deve appartenere. Questo ragionamento basterebbe pei prodotti della terra, ma pei parti degli animali è insufficiente. Qui la causa generatrice è duplice, il maschio, e la femmina; or la proprietà del maschio non dà alcun dritto al parto: questo appartiene sempre al padrone della femmina qualunque sia il maschio che l'abbia fecondata (1), salvo al proprietario di quest' animale il diritto di riscuotere un prezzo di fitto per l' atto di fecondazione; e se la femmina gravida passi in potere di nuovi proprietarî, i figli si acquistano da quel proprietario, al quale nel momento che partorisce, essa appartiene (2). La ragione è, che pel parto degli animali, come pe' prodotti della terra, il frutto, innanzi che se ne stacchi, fa un corpo solo con la cosa, ne è parte integrante, parte incorporata, e come tale, appartiene al proprietario della cosa: proprietà la quale si conserva anche dopo la separazione (3).

XX. *Praeterea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit jure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligere non possis quantum quoquo momento temporis adjiciatur:*

20. Oltre a questo ciò che per alluvione si aggiunge al tuo potere è tuo per diritto delle genti. E l'alluvione è un accrescimento nascosto, sicchè pare che si aggiunge per alluvione tutto ciò che si accresce così a poco a poco, che non si può comprendere quanto si aggiunga in ogni momento di tempo.

Poco importa se l'alluvione avvenga perchè il fiume insensibilmente si ritiri da una ripa verso l' altra, o perchè le onde lentamente depongano su d'una ripa le terre che traggon seco; questa nuova quantità, sulla quale niuno non ha, o non può riconoscere alcun diritto di proprietà, è l'accessorio de' campi, a' quali insensibilmente si aggiunge, e per conseguenza è attribuita a' proprietari di questi campi.

L'alluvione non ha luogo pei laghi, nè per gli stagni, i quali conservano sempre gli stessi limiti, comecchè talvolta le loro acque si elevino, o abbassino (4). Parimente non ha luogo pe' campi limitati (*agri limitati*). Io mi penso che all' epoca ove siam pervenuti, sotto Giustiniano, si debba questa espressione prendere in un senso generale, vale a dire che se i confini di un campo si trovino definitivamente stabiliti per qualsiasi maniera, per esempio perchè il proprietario avesse fatto innalzare un muro, cavare un fossato che lo separi dal fiume, o perchè dividendosi le terre conquistate in guerra, si fosse fissato per ciascuna parte un determinato numero di misure di terreno (*modum*) a fine di sapere ciò che si è donato, ciò che si è venduto, e ciò che è rimasto pubblico, in tutti questi casi l' alluvione non ha più luogo (5).

---

(1) *D. 6. 1. 5. §. 2. Ulp.*

(2) *D. 41. 1. 66. f. Venul.*

(3) Fiorentino in due diversi frammenti pare riferire la causa dell' acquisto de' frutti all' occupazione (*Dig. 41, 1, f. 2, e 6.*). Il che non potrebbesi intendere che dell'occupazione operata necessariamente dalla cosa istessa.

(4) *D. 41. 1. 12. f. Callist.*

(5) *D. 41, 1, 16, f. Florent.—43, 12, 1, §. 6, e 7, f. Ulp.* — Così io veggo nelle terre conquistate, di cui parla questa legge un caso particolare di campi limitati, e non già, come la più parte degli scrittori, il carattere esclusivamente proprio a questi campi. Ved. su questo argomento il GIRAUD (*Droit de propriété chez les Romains* t. 1, p. 109); egli spiega questa legge per la limitazione religiosa di origine etrusca operata con le solennità augurali, la quale dava alla proprietà ed ai confini un carattere sacro ed invariabile. Non pertanto notate che quest' applicazione non è possibile in questo frammento, nel quale vediamo che precisamente le terre che ricevono il diritto di città sono non limitate, e quelle che son distribuite, vendute, o rendute pubbliche come conquista e bottino son limitate: *ut sciretur, quid cuique datum esset, quid venisset, quid in pubblico relictum esset.* Confrontate il frammento 7 di Modestino *Dig. 10, 1*, dove si vede che in questi territorî ciò che dee restare invariabile è la misura *(modus)*, la quantità assegnata a ciascuno. Del resto sotto Giustiniano che inserisce questi frammenti nel Digesto non vi può esser più quistione di limitazione augurale e pagana. Il principio dee rendersi generale. I commentatori oppongono ai campi limitati i campi detti *agri arcifinii*. Ma questa locuzione che non è della buona latinità non è consacrata dai giureconsulti romani. Essa dinota un campo, la cui estensione non è determinata, e compresa en-

XXI. *Quod si vis fluminis partem aliquam detraxerit ex tuo praedio, et vicini praedio attulerit, palam est eam tuam permanere. Plane, si longiore tempore fundo vicini tui haeserit, arboresque, quas secum traxerit in eum fundum radices egerint; ex eo tempore* videntur vicini fundo acquisitae esse.

21. Ma se la forza del fiume trarrà dal tuo podere qualche parte di terra, e l' accosterà al podere del vicino, chiara cosa è che essa si resta tua. Ma se starà lungo tempo accosto al fondo del vicino, tanto che gli alberi ch' essa menò seco mettano le radici nel suo terreno, la parte di terra e gli alberi *sembra che da quel tempo divengano del vicino.*

Videntur vicini fundo acquisitae. Queste parole han fatto sorgere una difficoltà. Nel Digesto trovasi un passo somigliante, ma in luogo di *videntur acquisitae*, si legge *videtur acquisita* (1). Ciascuna di queste due lezioni si è reputata contenere un senso ben differente, e però si è sostituito doversi corregger l'una per l'altra. In fatti si è interpetrato il Digesto in questo senso, che la parte del terreno staccata per la forza del fiume si acquisti al fondo vicino (*videtur acquisita*); e le Istituzioni in questo senso: che solamente gli alberi che han messo radice si acquistino al fondo vicino (*videntur acquisitae*), dal che pare dedursi che il terreno resti sempre del primo proprietario. Non pertanto questa conchiusione è stata generalmente rigettata. Ma io vado più oltre, e dico che la differenza di testo, sulla quale è fondata, neppur mi pare che esista. In fatti nel paragrafo delle Istituzioni queste parole *videntur acquisitae*, non si riferiscono solamente agli alberi, ma alla parte del terreno ed agli alberi insieme: *pars fundi et arbores videntur acquisitae.* Secondo la stessa costruzione della frase *pars fundi et arbores* sono i soggetti del verbo *videntur* (2). Un'altra legge del Digesto offre una specie presso a poco somigliante, ed è quella in cui delle terre per l' impeto di piogge, o per tutt'altra cagione, si staccassero da un fondo superiore, e si accostassero ad un fondo inferiore (3). In tutti questi casi bisogna dire in reassunto: 1.° che il proprietario delle terre portate via ha il diritto di rivendicarle (4); 2.° che egli non ne ha più il diritto quando col tempo si son riunite come accessione al fondo, accosto al quale, o sul quale sono state gittate, 3.° che l' estendersi delle radici dall' un fondo nell' altro è un segno di questa riunione, ma essa si può egualmente per altri indizi manifestare; perciocchè in questa materia l'essenziale è, secondo le stesse parole della legge, che le terre portate via sieno intimamente riunite al podere vicino (*unitatem cum terra mea fecerit*) (5).

XXII. *Insula quae in mari nata est (quod raro accidit) occupantis fit, nullius enim esse creditur. In flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem* mediam partem fluminis teneat, *communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cujusque fundi, quae latitudo prope ripam sit. Quod si alteri parti* proximior sit, *eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident. Quod si aliqua parte divisum sit flumen, deinde infra unitum, agrum alicujus in formam insulae redegerit, ejusdem permanet is, ager, cujus et fuerat.*

22. L' isola nata nel mare, il che suol avvenir rare volte, è di chi l' occupa; perciocchè si crede ch'essa non sia di nessuno, ma l'isola nata nel fiume, il che spesse volte suole accadere, *se è posta in mezzo del fiume*, è comune a coloro che hanno poderi dall'una parte, e dall'altra del fiume vicini alla ripa, in proporzione della lunghezza di ciascun podere, lungo la ripa. Ma se l'isola sia *più vicina* all'una parte, che all'altra, è solamente di coloro, i quali hanno poderi da quella parte vicini alla ripa. E se il fiume sarà diviso in qualche parte, e di poi nuovamente unito riduca l' altrui podere in forma di un isola, quel podere si resta di colui, del quale era prima.

In tre maniere può formarsi un' isola in un fiume, dice Pomponio, che qui traduco quasi alla lettera: la prima quando il fiume taglia, e circonda il terreno d' un particolare; la seconda quando disseccandosi sopra una parte del suo letto, vi scorre all'intorno; la terza quando a poco a poco con gli oggetti che trae seco, eleva sopra le sue acque un'eminenza, che di poi si viene ad ingrandire per l'alluvione (6). A queste tre maniere se ne può aggiugnere una quarta, di cui parla Paolo: quando l' isola formata sopra un letto mobile di rami od altre sostanze leggiere non è attaccata al suolo, ma galleggia sulle acque (7). L' isola formata coi terreni de' particolari non muta padrone; l' isola galleggiante è pubblica, come il fiume che la porta. Vediamo qua-

---

tro limiti stabiliti, ma che ha solamente de' confini naturali, come sarebbe a dire delle montagne, de' boschi, delle riviere. (*Isidor. lib. 15, Origin. cap. 15,*).

(1) *D. 41. 1. 7. §. 2. f. Gai.*

(2) Bisogna però confessare che la parafrasi di Teofilo non parla che degli alberi solamente.

(3) *D. 39. 2. 9. §. 2. f. Ulp.* (4) *Ivi.*

(5) *D. 39. 2. 9. §. 2 f. Ulp.*

(6) *D. 41. 1. 30. § 2. f. Pomp.* (7) *Ivi 65 § 2.*

l'era il diritto intorno alle isole formate per disseccamento, o per adunamento di terra. Parrebbe cosa naturale che essendo quest' isole nate in fiume pubblico dovessero esser pubbliche, e quest'idea trovasi anche espressa nel Digesto in un frammento di Labeone (1). Ma non era così. La teoria che prevalse nella legislazione romana fu che il fiume non è pubblico se non in quanto è fiume: come tale, esso rende pubblico il letto che occupa: « *Ille etiam alveus quem sibi flumen fecit, etsi privatus ante fuit; incipit tamen esse publicus*, » dice Ulpiano (2); «*Alveus ejus juris esse incipit, cujus et ipsum flumen, id est publicus juris gentium*», dice Gaio (3). E però dovunque esso si ritira o cessa di scorrere, il terreno ritorna privato: « *Certe desinit esse pubblicus* (4). Ecco perchè Pomponio dice esser della natura del fiume che cangiando corso, cangi eziandio la sorte giuridica del letto: « *Natura fluminis haec est, ut cursu suo mutato, alvei causam mutet*», che faccia le funzioni d' un *censitor*, rendendo pubblico ciò ch'era privato, e viceversa: « *Censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, et ex publico in privatum* » (5). Ciò posto l'isola che nasce nel fiume, il letto che abbandona, è di diritto privato; ma si considera come una cosa nuova, una cosa *nullius*, sulla quale niuno può reclamare la proprietà, e che la legislazione romana per conseguenza attribuisce ai poderi lungo la ripa, in qualità di accessione, salvochè questi poderi non sieno limitati, nel qual caso l'isola formata, il letto abbandonato restano cosa *nullius*, ed il primo occupante ne addiviene proprietario (6).

Mediam partem fluminis teneat..... proximior sit. Bisogna forse intendere queste parole nel senso che, affinchè l'isola appartenga in comune ai proprietarî lungo la ripa, da ambe le parti del fiume, sia necessario che stia esattamente nel mezzo del fiume, e non sia in alcuno de' suoi punti più presso ad una ripa che all'altra, di tal che se avviene quest' ultimo caso, essa debba appartener per intero ai proprietarii dei poderi, a' quali si troverà più vicina? Non dev'esser questo il senso della legge. Per verità nessun testo mi pare che offra la soluzione precisa di siffatta quistione, quasi tutti usano le stesse frasi *proximior sit*, *propior fuerit*, *proxima est* (7); non pertanto in uno di questi testi si legge: *ejus (est insula) cujus ripam contingit* (8), il che dinoterebbe un grandissimo avvicinamento da un de' lati; la parafrasi di Teofilo dice: *Se l'isola, che sta molto dappresso ad una riva, è ben lontana dall'altra*, il che esprime un grandissimo allontanamento dall'altro lato. D'altra parte quando si voglia intender la legge nel senso ch'io combatto, sarà quasi fisicamente impossibile che si presenti il caso, in cui l'isola è comune ai proprietarii di ciascuna riva. E però io conchiudo che per queste dizioni, *si mediam partem fluminis teneat*, si debba intendere: se il mezzo del fiume è occupato dall' isola, cioè se l'isola, in una direzione qualunque, si trovi nel mezzo, allora appartiene ai proprietari de'due poderi lungo le due rive, ma se il mezzo non è occupato (*si vero non sit in medio*), cioè se tutta l'isola è posta da un solo lato, e per conseguenza se *tutta l'isola* si trova più vicina ad una riva che all' altra (*si proximior sit*), allora appartiene ai proprietarî de' poderi lungo questa riva. In una parola, tutti i punti dell'isola più vicini ad un lato della riva sono l' accessione di questo lato: ma tutti i punti più vicini all' altro lato sono parimente l' accessione di quest' altro lato. E questo non è altro che applicare all' isola ciò che una legge dice positivamente pel letto abbandonato (9).

---

(1) *Si id quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet. (D. 41, 1, 65, §. 4, f. Lab.)* Questo frammento di Labeone che trovasi in opposizione con una infinità di leggi del Digesto, e con ciò che lo stesso Labeone più volte avea scritto, ha molto esercitato i commentatori. Alcuni l'han considerato come alterato e l' han corretto a questo modo: Non si *id quod in publico innatum etc.* Altri, e tra questi Cujacio, 14. obs. 11, l'hanno interpetrato nel senso che si parlasse solamente dell' uso, il che per altro, malgrado l'opinione di Cujacio, non potrebb'esser vero che per l'uso delle ripe. Altri l'hanno applicato alle isole che nascerebbero innanzi ad un luogo pubblico, per esempio innanzi Roma. Io aggiugnerò, che se questo frammento debb'esser conservato come si trova, e nel senso positivo di ciò che annunzia, si trova nella medesima legge 65 un paragrafo anteriore §. 2. il solo caso, al quale esso sia applicabile, quello dell'isola galleggiante, che fa parte del fiume, e che ne prende la natura. (2) *D. 43. 12. 1. §. 7. f. Ulp.*

(3) *Dig. 41. 1. §. 5. f. Gai.*

(4) *Ulp.* lo stesso frammento.

(5) *D. 41. 1. 30. §§. 2, e 3. f. Pomp.*

(6) *D. 43. 12. 1. §§. 6. e 7. f. Ulp.*

(7) *Gai. 2. §. 72. — D. 41. 1. 7. §. 3. f. Gai. — Ivi 30. §. 2. f. Pomp. — Ivi 56. f. Procul.* —

(8) *D. 43. 12. 1. 6. f. Ulp.*

(9) *D. 41. 1. 56. §. 1. f. Procul.* — Nondimeno la prima parte di questa legge a prima vista pare contraria alla mia interpetrazione. Leggete su di ciò attentamente *Gaio. 2. f. §. 72.*

XXIII. *Quod si naturali alveo in universum derelicto, alia parte fluere coeperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quae latitudo prope ripam sit. Novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus et ipsum flumen, id est publicus. Quod si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus* novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam ejus praedia possident.

23. Se il fiume avrà lasciato il suo letto naturale, e comincerà a scorrer per altra parte, il primo letto è di coloro, i quali hanno poderi vicini alla sua ripa, in proporzione della larghezza di ciascun podere lungo la riva. Ma il nuovo letto comincia ad esser di ragion di colui, del quale è il medesimo fiume, cioè del pubblico. Che se il fiume dopo qualche tempo ritornerà al suo primo letto, *il secondo letto comincia alla sua volta ad esser di coloro, che hanno poderi vicini alla sua ripa.*

Questa decisione e quella del paragrafo precedentemente discendono dal medesimo principio. Notate che quì il fatto non comandava imperiosamente al diritto. L'incorporamento dell' isola o del letto abbandonato col podere che è lungo la ripa non è tale da dover necessariamente ed inevitabilmente trar seco il diritto di proprietà. Ma il legislatore mosso da considerazioni di prossimità o aderenza al suolo che è lungo la ripa, di facilità per l'abbordo, e per la coltura, di una specie di giusto compensamento tra la possibilità della perdita, e del guadagno, che la vicinanza del fiume può cagionare, fa volontariamente l'attribuzione della proprietà. Non pertanto le legislazioni potrebbero variare su questo punto, ed infatti il nostro diritto non ha consacrato tra noi le decisioni della giurisprudenza romana, le cui conseguenze non eran sempre eque, siccome ora vedremo.

Rursus novus alveus eorum esse incipit etc. In questa ipotesi d'un secondo cangiamento di letto avverrà spesse volte che i proprietarî lungo la ripa ricupereranno se non esattamente, almeno presso a poco il terreno, che da prima avean perduto. Nondimeno se nel suo cangiamento di letto il fiume avesse occupato un campo *intero*, e dipoi fosse ritornato al suo primo letto, il proprietario del campo occupato per intero non avendo più proprietà sulla ripa del secondo letto non potrebbe ricuperar nulla del suo terreno, ma gli altri proprietarî lungo la ripa lo dividerebbero tra loro. In questo caso particolare che cosa si dovrebbe decidere a suo riguardo? Nel digesto troviamo un frammento di Pomponio il quale pensa che gli si debba rendere il suo terreno; ne troviamo uno d'Alfeno Varo, il quale avvisa che non possa più pretendervi nulla; opposizione che mi sembra interamente giustificata da Gaio, il quale dice: « Secondo lo stretto ragionamento egli non potrebbe ricuperar nulla... Ma siffatto risultamento a gran pena potrebbe asser ammesso ». Adunque questo è un punto da regolarsi secondo le circostanze e l' equità, e nella decisione non debb'esser di lieve momento il modo come il fiume ha occupato il terreno, ed il tempo che l' occupazione è durata (1).

XXIV. *Alia sane causa est si cujus totus ager inundatus fuerit; neque enim inundatio fundi speciem commutat. Et ob id si recesserit aqua, palam est eum fundum ejus manere, cujus et fuit*

24. Ma altra cosa è se l'altrui terreno sarà tutto inondato dal fiume, poichè l' inondazione non muta la spezie del fondo; e però se l' acqua si ritira, è chiaro che il terreno resta di colui, del quale era prima.

A por fine a questa materia non mi rimane che a fare un' osservazione sola, ma capitale. Nel sistema il quale nega radicalmente, che il fatto chiamato *accessione* sia mai una causa di acquisto, per isfuggire alla forza dell' esempio tratto dall' isola e dal letto abbandonato, si è supposto che nelle leggi romane il letto del fiume appartenga realmente per metà a' proprietarî lungo la ripa; che le acque gravano, ma non distruggono questa proprietà; in una parola, che del letto avviene come della ripa, cioè che l'uso solamente è pubblico, ma la proprietà è dei padroni de' poderi lungo la ripa, di tal che, venendo a cessare quest' uso, i proprietarî della ripa, secondo questa spiegazione, non acquistano un nuovo oggetto, ma riprendono la loro proprietà libera. Però questo sistema ipotetico malamente appoggiato ad un frammento di Pomponio, nel quale si tratta solamente del suolo della ripa (2), è smentito non pure dal ragionamento, ma eziandio da buon numero di disposizioni dei giureconsulti. Così, per esempio, se il supposto principio fosse ve-

---

(1) *D. 41. 1. 30.* §. *3. f. Pomp.*, le cui parole possono a ragione far credere ch' egli non parla che d' una inondazione di poca durata « *Inundatione fluminis occupatus esset... eodem impetu recessu fluminis restitutus*». — *Ivi 38. f. Alfen. Var.* — *Ivi. 7.* §. *5. f. Gai.*

(2) *D. 41. 1. 30.* §. *1. f. Pomp.*

ro, nel caso d' un secondo cangiamento di letto, converrebbe decidere che i proprietarî della ripa dovessero ciascuno esattamente riprendere ciò che il fiume loro avea tolto: ma in cambio di ciò la giurisprudenza romana, come il veggiamo nella disposizione finale di questo paragrafo, divide tra loro il letto abbandonato per la linea del mezzo, ed in proporzione della larghezza attuale di ciascun podere sulla ripa, senza aver riguardo alla loro proprietà anteriore: vi ha dunque per essi un nuovo principio, che fa acquistare agli uni ciò che loro non apparteneva, mentre gli altri perdono ciò che era loro proprietà.

La dimostrazione è anche più evidente nel caso, di cui sopra abbiam fatto parola, cioè nel caso in cui un campo trovasi occupato *per intero* pel primo cangiamento di letto. Qui lo stesso Gaio in termini che non ammetton dubbio ci espone il principio della giurisprudenza romana: *Stricta ratione*, egli dice, secondo lo stretto ragionamento, secondo la stretta deduzione dai principî il primo proprietario non può ottener nulla anche dopo il secondo cangiamento di letto, che ha lasciato a secco, e scoperto di nuovo il campo che a lui era appartenuto. E perchè? Quali eran dunque questi principî? *Quia et ille ager, qui fuerat desiit esse*, *amissa propria forma*», perchè il suo campo ha cessato di essere e di appartenergli. Dunque il corso del fiume non era solamente una servitù, che gravava questa proprietà senza distruggerla, e che dovea lasciarla libera ritirandosi? dunque la proprietà anteriore nulla ha che fare con la nostra quistione? Ma Gaio continua e compie il suo ragionamento: *Et quia vicinum praedium nullum habet*, *non potest* RATIONE VICINITATIS *ullam partem in eo alveo habere*». Egli ha avuto la proprietà anteriore, ma questa gli è affatto inutile; ciò che gli manca è la vicinanza. *Ratio vicinitatis*, la vicinanza la prossimità, ecco la ragione, la causa di acquisto formalmente e perfettamente espressa da Gaio. Ed a nulla monta che il giureconsulto nel caso particolare indietreggia innanzi al rigore del ragionamento, e del principio, a nulla monta ch'egli aggiunge. *Sed vix est ut id obtineat*: questa eccezione ch'egli vuol fare a cagione delle circostanze, ne fa più chiara e rende più certa la regola (1). Similmente se il fiume gradatamente o anche ad un tratto, per grande spazio si ritira da una riva sull'altra, il podere dal quale il fiume si allontana, si estenderà, passerà la linea che altra volta era il mezzo del fiume, e guadagnerà anche ciò che una volta formava il campo vicino seguendo passo passo il fiume nel suo continuo ritirarsi (2). Vi sarà dunque estensione della proprietà, acquisto di ciò che mai a nessun titolo ivi era appartenuto. In fine ecco un ultima specie proposta, ed espressamente risoluta da Procolo. Nasce un isola nel fiume solamente dal lato mio, questa mi appartiene per intero, ma oltre a ciò essa mi da il diritto sulle alluvioni che vi si fanno intorno, sulle isole e sul letto abbandonato ai due lati dell'isola, e per conseguenza anche sulle parti del letto che si supporrebbe appartenere in proprietà a' miei vicini (3). Non è forse evidente che in quest'ipotesi vi sarebbe anche estensione della mia proprietà su quella di altrui, e per conseguente acquisto per accessione, alla quale sarebbe pur forza ricorrere? Il fatto vero è che in tutti i casi, in cui si acquista o l'alluvione, o l'isola, o il letto abbandonato, vi ha accrescimento di terreno, acquisto di un nuovo oggetto, sul quale non si avea alcun diritto di proprietà. E la ragione per la quale la legge fa quest' attribuzione di proprietà è l'aderenza stessa, la vicinanza, che sembra una cagione sufficiente, giacchè si tratta di cose, sulle quali niuno più ha diritto di proprietà.

XXV. *Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet quis eorum naturali ratione dominus sit; utrum is qui fecerit, an ille potius qui materiae dominus fuerit? ut ecce si quis ex alienis uvis, aut olivis aut spicis vinum aut oleum aut* frumentum fecerit, *aut ex alieno auro vel argento vel aere vas aliquod fecerit, vel ex alieno vino et melle mulsum miscuerit; vel ex medicamentis alienis emplastrum aut collyrium composuerit; vel ex aliena lana vestimentum fecerit; vel ex alienis tabulis navem, vel armarium, vel subsellium fabricaverit. Et post multas* Sabinianorum, *et* Proculianorum *ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam rudem reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit; si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit, ut ecce; vas conflatum potest ad rudem massam aeris, vel ar-*

---

(1) *D. 41, 1, 7, §. 5*, — Alfeno Varo non retrocedeva innanzi al rigore del principio, egli ne ammetteva tutte le conseguenze, anche nel caso proposto. *Ivi 38*. — Pomponio al contrario ammetteva la modificazione. *Ivi 30, §. 3*.

(2) *Dig. 41. 1. 38. f. Alf. Var.*

(3) *Ivi 56, pr. e §. 1, f. Procul.* Questo frammento di Procolo abbatte per se solo tutta la supposizione, che forma la base del sistema, che noi ricusiamo di ammettere.

genti, vel auri reduci; vinum autem, vel oleum, aut frumentum ad uvas, vel olivas, vel spicas reverti non potest, ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino, et alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis, et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua lana et aliena vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu, eum esse dominum, qui fecerit, cum non solum operam suam dedit, sed et partem ejusdem materiae praestitit.

25. Quando alcuno ha fatto qualche cosa dell'altrui materia, si addimanda chi di loro per ragione naturale abbia ad essere il padrone; colui che ha fatta la cosa, ovvero colui, del quale sarà stata la materia? Come sarebbe, se qualcuno dell'uva altrui, o delle olive, o delle spighe avrà fatto vino, olio, o frumento; o dell'oro, dell'argento, o del rame altrui avrà fatto qualche vaso, o dell' altrui mele, e vino il mulso, o degli altrui medicamenti avrà composto impiastro o unguento, o dell' altrui lana avrà fatto una veste, o delle altrui tavole una nave, un armadio, o una sedia; e dopo molte dubitazioni de' *Sabiniani*, e de' *Proculejani*, seguitando noi la strada di mezzo, piacque che se quella spezie si può ridurre a rozza materia, colui ne sia padrone al quale apparteneva la materia, ma non potendosi ridurre, colui sia padrone che avrà fatto qualche spezie di cosa di quella tal materia. Così per es. il vaso fatto può esser ridotto a rozza massa di rame, d'argento, d'oro, ma il vino, l'olio, il frumento non può esser ridotto in uve, in olive, ed in spighe, ed il mulso parimente non si può ritornare in vino ed in mele. Ma se qualcuno farà qualche cosa parte della sua, e parte dell'altrui materia, come se del suo vino e dell' altrui mele mischierà il mulso, o dei suoi e degli altrui medicamenti farà empiastro od unguento, o dell'altrui lana, e della sua farà una veste; in questo caso non è da dubitare che colui sia padrone, il quale avrà fatto la spezie, essendochè egli vi ha messo non solamente l' opera sua, ma eziandio parte della materia.

Quì la causa attributiva di proprietà è il potere di creazione. Si è creata una cosa nuova (*novam speciem*), per usare della frase consacrata dai romani, se ne divien proprietario in qualità di creatore, perchè ciò che è stato fatto, non apparteneva per l'innanzi a niuno, « *quia quod factum est, antea nullius fuerat*». Ma da un altro lato non potrà quegli dal quale viene la materia vantare un diritto alla cosa nuova, perchè senza la materia sarebbe stato impossibile di farla, « *quia sine materia nulla species effici possit?* » (1) Quì vi son due elementi parimente essenziali all'esistenza del nuovo oggetto; la materia, la creazione; per chi si dovrà decidere? Nerva, e Procolo, e i giureconsulti della loro scuola, i *Proculejani* attribuivano la nuova cosa al creatore; Sabino, e Cassio, e i loro discepoli, i *Sabiniani*, a colui dal quale proveniva la prima materia (2). Notate che i *Sabiniani* erano assoluti nella loro decisione; essi l'applicavano indistintamente anche nei casi in cui non si può dubitare che l'oggetto primitivo sia cessato di essere; per esempio nel caso, in cui col mio albero ridotto in tavole si è fatta una nave, un mobile (3), caso nel quale fuor di dubbio l'albero, come dice Paolo, non esiste più: « *Cupressus non manet, sed cupresseum corpus* » (4). E però i Sabiniani non allegavano a ragione della loro opinione, che la prima cosa sempre esisteva, il che in molti casi sarebbe stato assurdo, ma che senza di essa sarebbe stato impossibile di fare il nuovo oggetto: « *Quia sine materia nulla species effici possit.* » In fatti notate che ciò che forma il carattere distintivo, ed essenziale dell'avvenimento, ciò che rende possibile una contestazione sulla proprietà è che esiste un nuovo oggetto, che non esiste più la prima materia nella sua spezie primitiva, *suam speciem pristinam non continet*), di tal che colui, al quale essa per innanzi si apparteneva non può più dire: ecco la mia cosa, e che infine si tratta di vedere a chi il nuovo oggetto dovrà essere attribuito.

Quest'ultimo aspetto della quistione fece sorgere un partito di mezzo, che fu adottato da' giureconsulti posteriori. Se la materia può ritornare al suo primo stato, essa in realtà non ha fatto che cangiar di forma: « *Materia manet*, » dice Paolo, che è nel numero di questi eclettici (5); il proprietario può rivendicarla sostenendo che è sempre la sua cosa: a lui dunque apparterrà la spezie formata. Ma se la materia non si può ridurre al suo primo stato, essa ha cessato di esistere, il proprietario non può rivendicar più che ciò che più non esiste; al creatore adunque il nuovo oggetto si appartiene. Questo è l'avviso di mezzo adottato da Giustiniano; ma si vedon tuttavia nel Digesto le vestigia delle opinioni antiche.

Aut spicis... frumentum fecerit. Colui che batte le spighe, ne stacca i granelli che contengono, dice un frammento di Gaio nel Digesto, non forma un nuovo oggetto, sco-

(1) *Dig. 41. 1. 7. §. 7. Gai.*
(2) Vedi ciò che abbiam detto di queste due sette e de' loro primi capi Labeone e Capitone nell'*Histoire du droit rom. n. 67.*
(3) *Dig. 41. 1. 7. §. 7. f. Gai.*
(4) *Ivi 26. f. Paul.*
(5) *Dig. 6. 1. 5. §. 1. f. Ulp.*

pre solamente degli oggetti che esistevano: *non novam speciem fecit, sed eam quae est delegit* (1). Questo caso adunque non è quello del nostro paragrafo, e mal' a proposito vi si trova collocato tra gli altri esempi tolti da Gaio, senza l'avvertenza che questo giureconsulto vi avea aggiunta.

Il fatto, di cui c'intratteniamo, nel quale una nuova spezie si è prodotta, dai comentatori si è nomato specificazione (*specificatio*) barbarismo formato dalla parola *species* che si trova ne' testi; e la specificazione si è annoverata tra i modi naturali di acquistare. Alcuni ne han fatto un caso particolare di accessione, in questo senso, che alla materia sarebbe venuta ad aggiugnersi una nuova forma, e che si tratterebbe di determinare ciò che debb'esser considerato come principale, o come accessorio, se la materia, o la forma. Altri vi han ravvisato una sorta di occupazione, la qual cosa non è certamente più esatta. Il vero è che quì vi ha una causa al tutto particolare per l'attribuzione della proprietà: la creazione d' una cosa, che non esisteva.

Per terminare la spiegazione di questo paragrafo esporrò tre importanti quistioni, le quali tengon divisi i comentatori.

1. Quistione. *La decisione consacrata da Giustiniano applicavasi anche al caso in cui il novello oggetto era stato fatto da una persona di mala fede?* Noi dapprima porremo per principio due punti incontrastabili: primo che si reputa creatore dell'oggetto colui, che l'ha fatto, o fatto fare, e non l'operaio, il cui lavoro si è impiegato (2); secondo, che quando il nuovo oggetto è stato fatto di consenso del padrone della materia, l'intenzione delle parti regola i loro diritti; in questo si dee esaminare se il padrone à venduto, o ceduto la sua materia (3), se l'operaio ha solamente locata la sua opera, o se han voluto formar tra loro una società. Ciò posto è chiaro che il nostro paragrafo riguarda solo il caso, in cui il nuovo oggetto è stato fatto senza consentimento del padrone della materia. In questo caso la buona, o cattiva fede di colui che avea fatto l'oggetto era forse indifferente quanto alla quistione della proprietà? Nelle leggi di Giustiniano non si trovava alcun frammento, che potesse risolvere positivamente tal quistione, ma mi pare che oggidì non si possa più muover dubbio, dopo questo passo dei comentarî di Gaio. « Altri giureconsulti pensano per contrario, che la cosa *appartiene a chi l'ha fatta*; ma danno a colui, al quale la materia, si apparteneva, l'azione di furto contro il ladro, etc. (4). » E però anche il ladro, che con le mie uve ha fatto del vino, e con la mia lana una veste, ne sarà divenuto proprietario, perchè la materia che apparteneva a me, più non esiste, ed il nuovo oggetto, che il ladro ha creato non apparteneva per l'innanzi a niuno: *Quia quod factum est antea nullius fuerat* » (5).

2. Questione. *Quali azioni nascevano nelle diverse circostanze di questo paragrafo?* In tutti i casi il proprietario del nuovo oggetto avea la rivendicazione (*rei vindicatio*) per riprenderlo ovunque si trovava; ma era dovuta un' indennità o per la materia, o per l' industria, perchè niuno debb'arricchirsi a danno altrui (6).

Oltre a questo, quando colui che avea formato il nuovo oggetto avea rubata la materia, poteva, anche nel caso che restava proprietario del nuovo oggetto, esser perseguitato, 1.° con l' azione di furto (*actio furti*) tutta penale, e che avea per effetto di fargli pagare a titolo di pena il quadruplo della cosa rubata, se era stato sorpreso in flagranza, se no, solamente il doppio (7). 2.° con la *condictio furtiva*, o con l' azione *ad exhibendum*. La parola *condictio*, che avea varî sensi, dinotava più specialmente un' azione personale, per la quale l' attore sosteneva, che il convenuto fosse obbligato di trasferirgli qualche cosa in proprietà (*dare*) (8). Un'azione di tal fatta nominata *condictio furtiva*, davasi contro il ladro per astringerlo personalmente a rendere l'oggetto involato, o a pagarne il valore (9). Colui al quale apparteneva la materia involata, non essendone più proprietario, giacchè questa non esisteva più, non poteva rivendicarla, nè reclamare l' oggetto nuovo,

(1) *D. 41. 1. 7. §. 7. f. Gai.*
(2) *D. 41. 1. 27. §. 1. f. Pomp.*
(3) *Ivi. 25. f. Callist.*
(4) *Gai. 2. §. 79.*
(5) *D. 41, 1, 7, §. 7, f. Gai.* — I testi che mi han fatto lungamente dubitare su tal quistione sono i tre seguenti: *D. 10, 4, 12, §. 3, f. Paul.*; *D. 13, 3, 14, f. Julian.* e soprattutto *D. 41, 3, 4. §. 20, f. Paul.* Ma dopo maturo esame mi è paruto potersi spiegare d' una maniera soddisfacente. Alcuni autori assomigliano lo specificatore di mala fede a colui, che scientemente ha edificato sul suolo altrui, e che è riputato di aver fatto dono del suo lavoro, ma si vede agevolmente che in quest'ultimo caso non si è fatto un oggetto nuovo, e però non può esservi alcun dubbio quanto alla proprietà.
(6) *D. 13. 3. 13. f. Paul.*
(7) *Inst. 4. 1. §§. 5. e 19.*
(8) *Inst. 4. 6. §. 15.* (9) *Ivi 4. 1. §. 19.*

che a lui non apparteneva; ma per via della *condictio* riusciva a farsi indennizzare(1). L'azione ad *exhibendum* avea per iscopo di far presentare da qualcuno un oggetto che egli avea occultato, fatto sparire, o distrutto di mala fede (2). Essa era data ad ogni persona che avea un interesse legittimo a far presentare quest'oggetto (3). Il giudice comandava che incontanente, o tra un termine che egli stimava conveniente si dovesse presentare la cosa. Se nel giorno stabilito non si presentava, allora egli condannava il convenuto a riparare il danno cagionato all'attore, per non aver debitamente presentato l'oggetto (4). Nel nostro caso il proprietario della materia involata non poteva più rivendicarla, perchè non esisteva più; ma siccome il ladro l'avea consumata di mala fede, egli intentava contro costui l'azione *ad exhibendum* (5), e questi non potendo presentare una cosa che non poteva più ritornare al suo primo stato, era condannato a tutti i danni-interessi. È da notare che siccome l'azione *ad exhibendum*, e la *condictio furtiva* aveano amendue per iscopo di far ristorare del danno la persona rubata, non potevano esser cumulate nel loro risultamento. Ma oltre a questo si avea sempre l'azione di furto, che era tutta penale.

3. Quistione. *Come debbasi intendere l'ultima parte del paragrafo: Quod si partim ex sua materia, etc.?* Il senso grammaticale delle Istituzioni è evidentemente questo, che se colui che ha fatto il nuovo oggetto, ha messo la sua industria, e di più una parte della materia, l' oggetto senza dubbio appartiene a lui. Ma ne' tre esempi citati a questo proposito, il mulso, l' unguento, la veste, si vede che le materie adoperate non possono ritornare al loro primo stato; dal che alcuni comentatori han conchiuso, che appunto per questa ragione il nuovo oggetto apparterrebbe a colui che l'ha formato, e che non gli apparterrebbe, se, per esempio, col suo rame, e con l'altrui avesse fatto un vaso od una statua. A sostegno di questa asserzione citano alcune leggi del Digesto; ma l'opinione contraria è più generalmente ricevuta. Essa è più conforme al testo delle Istituzioni, e vien confermata eziandio dalla parafrasi di Teofilo (6).

XXVI. ***Si tamen alienam purpuram vestimento suo quis intexuit, licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimento; et qui dominus fuit purpurae*, adversus eum qui subripuit *habet furti actionem, et condictionem, sive ipse sit qui vestimentum fecit, sive alius; nam extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen a furibus, et* quibusdam aliis possessoribus *possunt.***

26. Se alcuno avrà intessuto l' altrui porpora nel suo vestimento, quantunque la porpora sia di maggior valuta, essa cede al vestimento per accessione, e colui che fu padrone della porpora ha azione di furto, e di richiesta *contro colui che lo furò*, o ne sia il ladro colui che fece il vestimento, o sia chi si voglia; perciocchè quantunque le cose estinte non si possano rivendicare, nondimeno si posson chiedere per la *condictio* ai rubatori, e ad *alcuni altri possessori.*

Quì si tratta di ciò che i comentatori chiamano *adjunctio*, aggiunzione. Quantunque il nostro paragrafo ne citi solo un esempio particolare, pure si applica a tutt'i casi somiglianti. « Gli oggetti di qualunque specie, dice Paolo, che uniti ad una cosa cedono ad essa per accessione, fino a tanto che vi restan riuniti non possono più esser rivendicati dal padrone (7). » L'importante è di sapere, di due cose riunite insieme quale sia l'accessione. Nel nostro esempio la porpora è sempre l'accessione del vestimento, anche quando è di molto maggior valuta *licet pretiosior*, dice il testo, perchè essa è riunita al vestimento per adornarlo (8).

Adversus eum qui subripuit. Quali azioni ha il padrone dell' oggetto accessorio? Nel nostro testo si tratta di tale quistione pel solo caso in cui vi è stato furto. Noi la tratteremo in generale. Quest' oggetto non esiste più in natura; nel nostro esempio non vi ha più porpora, ma una veste ornata di porpora; il padrone adunque non può rivendicarla più; l' accessione è passata, co-

(1) *Gai. 2. 79. — D. 13. 3. 14. §. 3. f. Jul.*
(2) *D. 10. 4. 9. f. Ulp.* (3) *D. ivi 19. f. Paul.*
(4) *Inst. 4. 17. §. 3.*
(5) *D. 10. 4. 12. §. 3. f. Paul.*
(6) Le leggi citate contro questa opinione sono: *D. 6, 1, 3, §. 2, f. Ulp. — 4, f. Paul. — 5, f. Ulp. — 41, 1, 12, §. 1, f. Callist.* Basta notare che questi frammenti degli antichi giureconsulti hanno l' impronta delle opinioni diverse abrogate nella legislazione di Giustiniano, e che d' altronde da questi frammenti, come trovansi collocati nel Digesto, non apparisce affatto che si tratti di una persona che col suo metallo, e con quello di un altro abbia fatto un nuovo oggetto. Quivi si tratta piuttosto del caso, in cui il metallo di due persone sia stato confuso per accidente, o per opera di un terzo. Il che ancora chiaramente suppone uno di questi frammenti: *D. 6, 1, 4, f. Paul.*
(7) *D. 6. 1. 23. §. 5. f. Paul.*
(8) ... *Cum quaerimus, quid cui cedat: illud spectamus, quid cujus rei ornandae causa adhibetur (D. 34. 2. 19. §. 13. f. Ulp).*

me parte subordinata di un tutto, in proprietà di colui, al quale questo tutto si appartiene. Ma siccome quì non vi ha assorbimento, incorporamento irrimediabile, così la legislazione romana dà al proprietario primitivo dell'accessione il mezzo di far ritornare la cosa nel suo primo stato, e quindi di richiederla come sua. E però egli potrà intentar l'azione *ad exhibendum* per fare staccar l'oggetto, e rivendicarlo dopo che sarà presentato (1). Se l'oggetto è stato involato, allora si ha contro il rubatore, come abbiamo spiegato nel precedente paragrafo, l'azione di furto, e la *condictio* furtiva, o l'azione *ad exhibendum*.

Non pertanto vi erano de' casi, in cui quantunque a rigore le cose potevano ritornare nel primo stato, pure la legislazione romana non dava il diritto di ciò fare. Paolo seguendo Cassio ce ne dà un esempio lucidissimo nel caso, in cui un piede, o un braccio, sia stato aggiunto alla mia statua per l'operazione che i Romani dicevano *ferruminatio*; questo braccio diviene mia proprietà, perchè è assorbito dall' unità della parte più grande, cioè della statua (*unitate majoris partis consumitur*); e dopo essere stato così alienato, l'antico proprietario non solo non potrà richiedere che sia separato, ma anche quando avvenga che ne sia separato, continuerà sempre ad esser mio: *Et quod semel alienum factum sit; etiam si inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse* ». Il proprietario primitivo avea solamente un' azione *in factum* per farsi indennizzare. Certamente in questo caso niuno potrà negare che io abbia acquistata la cosa altrui per effetto della sua riunione come dipendenza alla cosa mia (2). Diversamente dovrebbe decidersi nel caso di semplice saldatura per mezzo del piombo.

Quibusdam aliis possessoribus. Qui si offre una difficoltà di testo. Alcuni leggono *quibusdam possessoribus*; altri, e tra questi Cujacio, *quibusque possessoribus*. Il senso sarebbe nel primo caso, che le cose estinte possono richiedersi per la *condictio* contro il rubatore, *e contro qualunque possessore*. Le Istituta di Gaio (*Com.* 2. §. 79.), donde questo passo fuor d'ogni dubbio è tolto, hanno *quibusdam*, e però il dubbio è in parte scemato. In fatto questo principio annunziato da Gaio, più d' una volta s'incontra nel Digesto (3). Non si sarebbe ripetuto così specialmente pe' rubatori, se fosse stato applicabile ad ogni possessore. Quanto alle parole *et quibusdam possessoribus*, esse si spiegano benissimo; perciocchè si possono richiedere per la *condictio* le cose estinte contro gli eredi del ladro, contro tutti i suoi successori (4), contro i possessori di mala fede, o anche di buona fede, se han fatto perir la cosa per loro colpa, o se sono stati messi in mora di renderla (5). Soltanto, nel caso che l'azione non si diriga contro il ladro, non si può usare della *condictio* furtiva, ma di un'altra specie di *condictio* (6).

XXVII. ***Si duorum materiae ex voluntate dominorum confusae sint, totum id corpus quod ex confusione fit, utriusque commune est, veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti, vel auri conflaverint. Sed etsi diversae materiae sint, et ob id propria species facta sit, forte ex vino et melle mulsum, aut ex auro et argento electrum, idem juris est; nam et eo casu communem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuitu, et non voluntate dominorum confusae fuerint vel diversae materiae, vel quae ejusdem generis sunt, idem juris esse placuit.***

27. Se le materie di due padroni saranno mischiate insieme di lor consentimento, tutto quel corpo che dal mischiamento ne risulta divien comune all'un padrone ed all'altro, come sarebbe a dire se avessero mischiato insieme i lor vini, o le masse d'oro, e d'argento. Ma quantunque le ma-

(1) *Quaecumque aliis juncta, sive adjecta, accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest; sed ad exhibendum agere potest, ut separentur, et tunc vindicentur (D. 6, 1, 23, §. 5, f. Paul.)* In alcuni casi particolari l'azione *ad exhibendum* non può aver luogo; allora il padrone ha un' azione *in factum* (ivi).

(2) *D. 6, 1, 23, §. 5, f. Paul.* — Questa decisione è tanto più notabile in quanto che essa è tolta da Paolo a Cassio, il quale anche nel caso di creazione di un nuovo oggetto, attribuiva sempre la proprietà al padrone della materia. *Ved. Ivi 26, §. 2, f. Paul.* ove i giureconsulti dell'altra scuola Servio, Labeone, Procolo portano conforme opinione. Quì le due scuole sono d'accordo.

(3) *Condici furi potest, etiam si res sit aliqua ratione extincta (Dig. 47. 2 46. princ. f. Ulp.)* Ved. anche *Dig. 13. 1. 20. f. Tryphon.*

(4) *Dig. 13. 1. 7. §. 2. f. Ulp.*

(5) *D. 13. 3. 3. f. Ulp.*

(6) *D. 12. tit. 7. 13 tit. 3.* Teofilo nella sua parafrasi dice che si può richiedere contro ogni possessore, ma io trovo la ragione di ciò in questo che Teofilo non vuole enunciar, come Gaio, un principio generale per tutti i casi in cui la cosa è perita anche interamente, egli contempla il caso particolare del nostro paragrafo, in cui, essendosi la porpora intessuta all'abito, ogni possessore si arricchisce di questa porpora. « Si può, dice Teofilo, far uso della *condictio* contro il ladro, o qualunque possessore: ma se il possessore dell'abito, è lo stesso ladro, si avrà contro di lui l'azione di furto, e la *condictio*; se è un altro, la sola *condictio* ».

terie siano diverse, e da quelle materie siasi fatta una nuova specie, come dal vino e dal mele il mulso, o dall'oro e dall'argento l'elettro, si dee dire il medesimo, poichè non si dubita in questo caso che la spezie non sia parimente comune. Ed è piaciuto che il medesimo diritto sia pure quando materie diverse, o della medesima sorta si saranno mischiate a caso, e non per volontà de' padroni.

Si è chiamata *confusione* il mischiamento delle cose liquide, o ridotte allo stato di liquidi. Tre casi sono a distinguere: 1.° O la confusione ha luogo di consentimento de' padroni, ed allora, o che le cose mischiate abbian formato una nuova spezie, o no, o che possano separarsi, o nò, ciò che risulta dalla confusione è sempre comune; 2.° O avviene a caso, ed allora, dice il nostro testo, la decisione è la stessa (*idem juris esse placuit*); le cose mischiate son comuni; ma bisogna supporre che non possano più esser separate, perciocchè se si potessero separare si dovrebbe applicare il paragrafo che segue; 3.° O da ultimo avviene per il fatto altrui. Il nostro testo non fa parola di questo caso, ma noi sappiamo che, se colui, per fatto del quale è avvenuta la confusione, ha formato una nuova spezie, questa gli appartiene, se nò, le cose mischiate debbon esser comuni. Quando ciò che risulta dalla confusione è comune, se vi è stato consentimento, vi è una vera società, se non vi è stato consentimento, vi è come una specie di società; ma in tutt'i casi ciascun di loro ha per far dividere la cosa comune un'azione, detta *actio comuni dividundo*(1).

XXVIII. *Quod si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit, si quidem ex voluntate vestra, commune est; quia singula corpora, idest singula grana, quae cujusque propria fuerint, ex consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant: nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed si ab alterutro vestrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit; arbitrio autem judicis continetur ut ipse aestimet quale cujusque frumentum fuerit.*

28. Se il frumento di Tizio sarà mischiato col tuo, se ciò avviene di vostro consenso, sarà comune; perciocchè ciascun corpo d'esso frumento, cioè ciascun granello che fu vostro proprio, è fatto comune per vostro consentimento. Ma se sarà mischiato a caso, o Tizio l'avrà mischiato senza il tuo consenso, non pare ch' esso abbia ad esser comune, perciocchè ogni corpo d' esso frumento dura nella sua sostanza. Ed in questo caso il frumento non sarà fatto più comune di quel che s' intenda esser comune il gregge, se il bestiame di Tizio si sarà mischiato col tuo; laonde se il frumento sarà tutto ritenuto da un di voi, l' azion reale compete a ciascun di voi, secondo la porzione del frumento, ed è rimesso all'arbitrio del giudice il valutare quale sia stato il frumento di ciascun.

Si è chiamato mischiamento (*commixtio*) l'unione di oggetti non liquidi, le cui particelle non si confondono punto. Nel caso di mischiamento, ciascuno degli oggetti continua ad esistere in natura, e separatamente, *utraque materia, etsi confusa, manet* (2); di quì una distinzione: se il mischiamento si è fatto di consenso di tutti i proprietarî, allora è comune, perciocchè tale è stata la intenzion delle parti, e ciascuna di essa ha per far eseguire la divisione, l'azione *communi dividundo*; se il mischiamento è avvenuto a caso, o pel fatto di un solo, allora ciascuno resta proprietario degli oggetti suoi proprî, perciocchè questi non han cessato d'essere in natura; e non può quindi esservi luogo all' azione *communi dividundo*, ma sì bene alla rivendicazione. Questa è una conseguenza necessaria de' principii. In tali casi la rivendicazione non offre alcuna difficoltà, se si tratta di cose ben distinte, facili a separare, come de' capi di bestiame; ma se trattasi di grani, di biade, allora sarà ufficio del giudice il valutare, secondo la quantità, e la qualità del grano appartenente a ciascuno, ciò che nel suo ordine preliminare (*arbitrium*; *arbitrio judicis continetur*) ei debba comandare che si restituisca a colui che rivendica (3).

XXIX. *Cum in suo solo aliquis ex aliena materia aedificaverit: ipse intelligitur dominus aedificii, quia omne quod inaedificatur, solo cedit. Nec tamen ideo is qui materiae dominus fuerat, desinit dominus ejus esse, sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere propter legem Duodecim Tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet, per actionem quae vocatur de tigno juncto. Appellatione autem tigni omnis materia significetur, ex qua aedificia fiunt. Quod ideo provisum est, ne aedificia rescindi necesse sit. Sed si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus, si non fuerit duplum jam*

(1) *D. 41. 1. f. 7. §. 8. e 12. §. 1. — 6. 1. f. 5. §. 2; 4, e 5. §. 1, — 10. 3. 2.*

(2) *D. 6, 1, 5, §. 1, f. Ulp.*

(3) Ved. Teofilo su questo paragrafo. Nel digesto si legge. *Competit singulis in rem actio in id in quantum patet in illo acervo suum cujusque esse* (*D. 6, 1, 5, princ, f. Ulp.*)

consecutus, tunc eam vindicare, et ad exhibendum de ea re agere.

29. **Avendo qualcuno edificato nel suo suolo una casa con l'altrui materia, s'intende ch' egli sia il padrone della casa, perciocchè tutto quel che si fonda nel suolo cede al suolo; e per questo non è che colui ch'era padrone della materia cessi d'esserne padrone; ma non può in quel mezzo rivendicarla, nè intentar per quella cosa l'azione a produrre (*ad exhibendum*) per rispetto della Legge delle XII. Tavole, per la quale si comanda che niuno sia astretto a cavare i materiali altrui congiunti con le sue case, ma per quelli si dia il doppio per l'azione chiamata *de tigno juncto*, e sotto questa voce *tignum s' intende ogni materia*, con la quale si faccia edificio; la qual cosa è stata provveduta acciocchè non si abbiano a demolir gli edifici. Ma se la fabbrica rovinerà per qualche accidente, e non abbia il padron della materia avuto il doppio, allora può rivendicarla, ed usare per essa cosa dell' azione a produrre.**

Ecco un altro caso, in cui benchè a rigore si potessero far ridurre le cose al loro primo stato, pure la legislazione romana non ne dava il diritto. Siffatte disposizioni prendono la loro origine dalla legge delle XII. Tavole. « *Tignum junctum aedibus*, ***vineaeque et concapet ne solvito*** » dice questa legge in un frammento che ne abbiamo (1). Così essa avea provveduto al bene della città, impedendo che per privata utilità non si rovinassero gli edifici; al bene de' campi, e dell' agricoltura, negando il diritto di tor via i pali impiegati per la coltura delle vigne. Questo principio che la città non debb'essere difformata per le rovine (***ne ruinis urbs deformetur***) (2) fu sempre rispettato e ritenuto dalla legislazione. Quanto al testo, nel quale la Legge delle XII. Tavole dava l'azione de ***tigno juncto***, esso non è pervenuto a noi, benchè più d'un giureconsulto parli di questa disposizione. Un titolo nel Digesto (lib. 47, tit. 3) è consacrato a quest'azione.

Nec desinit ejus dominus esse. Se il padrone del suolo diviene proprietario dell'edifizio, in che modo colui al quale appartengono i materiali non ne perde la proprietà? I giureconsulti romani conciliavano queste due proposizioni con una distinzione alquanto sottile. Il padrone del suolo, essi dicono, acquista la proprietà dell' edificio in massa, considerato come oggetto immobile congiunto al suolo, ma non quella de' materiali considerati separatamente come oggetti mobili (3).

Ciò del resto ha luogo in tutti i casi analoghi: l'accessione non passa nella proprietà del padrone della cosa principale che in qualità di dipendenza, di parte subordinata di questa cosa: ma considerata isolatamente, in astrazione, se è possibile, è sempre del primo padrone.

Ad exhibendum. Che il padrone dei materiali non possa più rivendicarli, questo è un principio generale, ma che non possa neppure valersi dell'azione ***ad exhibendum***, come nel caso della porpora ed altre cose somiglianti (§. 25), in ciò stà l' eccezione introdotta, perchè quest'azione avrebbe a scopo di far cavar fuori i materiali, e per conseguenza di rovinare l'edificio.

Omnis materia significatur. « ***Tigna enim a tegendo dicta sunt*** » questa è l'etimologia un pò dubbiosa data da Ulpiano a questa parola generica (4).

In somma noi distingueremo più casi. **1.** Se i materiali sono stati adoperati di buona fede, il padrone ha solamente l'azione de ***tigno juncto***; e se per effetto di quest'azione è pagato, non ha più nulla a reclamare, anche quando l'edifizio venisse per avventura a rovinare. **2.** Se i materiali sono stati adoperati di mala fede, il padrone potrà scegliere o l'azione ***de tigno juncto***, o l'azione ***ad exhibendum***; ma sarebbe grave errore il conchiuder da ciò, che il proprietario dell'edifizio possa essere astretto a demolirlo; quì si dà l'azione ***ad exhibendum*** contro di lui, non come possessore della cosa, ma in quando per la sua mala fede ha fatto in guisa da non possederla più (***quasi dolo malo fecerit, quominus possideat***) (5). In conseguenza essendo nell'impossibilità di produrre la cosa, sarà condannato dal giudice. **3.** Se il padrone de' materiali si vorrà rivolgere contro il rubatore, avrà l'azione di furto, e la ***condictio***; o l'azione ***ad exhibendum*** come abbiamo spiegato quì sopra (§. XXV.) si potrà anche, se così piace, intentar contro di lui l'azione ***de tigno juncto***, il che non torrà il dritto di rivendicare anche i materiali, se

---

(1) Questo frammento è tolto da *Festo*, verb. *Tignum*. Noi ne abbiam data la spiegazione: *Hist. du droit* tav. 6, §. 8, p. 93. Le parole ET CONCAPET sono evidentemente alterate.

(2) *D. 43, 3, 7, f. Juli.*

(3) Questa distinzione era perfettamente stabilita (*D. 41, 1, 7, §. 11, f. Gai. — 41, 3, 23, §. 2, f. Javol*). Teofilo su questo paragrafo dice: « egli non perde *irrevocabilmente* la proprietà dei materiali ». Questa dizione contiene una spiegazione più semplice, ma che non era quella de' giureconsulti romani.

(4) *D. 47, 3, 1, §. 1, f. Ulp.*

(5) *D. 47, 3, 1, §. 2, f. Ulp. — 6, 1, 25, §. 6, f. Paul.*

l'edifizio viene a rovinare(1), perciocchè in questo caso il doppio del valore, che il rubatore avrà pagato per effetto dell' azione *de tigno juncto*, sarà considerato come la pena del furto.

XXX. *Ex diverso, si quis in alieno solo sua materia domum aedificaverit, illius fit domus, cujus et solum est. Sed hoc casu materiae dominus proprietatem ejus amittit*, quia voluntate ejus intelligitur esse alienata, *utique si non ignorabat se in alieno solo aedificare; et ideo, licet diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest. Certe illud constat, si in possessione constituto aedificatore, soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiae, et mercedes fabrorum, posse eum* per exceptionem doli mali repelli: *utique si bonae fidei possessor fuerit qui aedificavit. Nam scienti alienum solum esse, potest objici culpa quod aedificaverit temere in eo solo, quod intelligebat alienum esse.*

30. All'incontro se alcuno ferà nell' altrui suolo una casa con la sua materia, la casa è di colui del quale è il suolo. Ed in questo caso il padron della materia, perde la proprietà d' essa materia, perchè s' intende che sia alienata di sua volontà, se egli non ignorava di fabbricar nell'altrui terreno, e però, quantunque la casa rovini, non può ricuperar la materia. Egli è ben vero che posto l' edificatore in possesso, se il padrone del suolo chiederà che la casa sia sua, e non pagherà il prezzo della materia nè le opere de' lavoranti, gli potrà esser data ripulsa *per l' eccezione di dolo*, se colui però che avrà edificato sia possessor di buona fede. Perchè a colui che sapeva il terreno essere d'altri, si può recare a colpa che abbia temerariamente edificato in quel suolo, ch'egli intendeva non esser suo.

Quia voluntate ejus alienata intelligitur. Questo principio rigoroso, perchè trovasi inserito nelle Istituzioni è volgarmente conosciuto, e viene anche più d' una volta invocato nel nostro diritto civile, mentre si trasandano poi i passi del Digesto, e del Codice, che provano essere stato singolarmente modificato. Così, secondo un frammento di Paolo ed una costituzione di Gordiano, noi veggiamo che, non ostante il principio rigoroso, egli è più convenevole, ed umano (*benignius*) di concedere, quando il proprietario rivendica il suo terreno, anche al possessore di mala fede, un compenso per le spese necessarie, o utili che avesse fatte; il che si dovrà estimare dal giudice (2). Che anzi noi vediamo nel Codice, che di già sotto Antonino era stato deciso da una costituzione di questo imperadore, che dopo la demolizione dell'edifizio, l'edificatore tanto di buona quanto di mala fede riprendesse la proprietà della matesia, e potesse rivendicarla, se pur non avesse fatto l' edifizio con animo di donarlo (*si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sint*) (3). Sicchè il fatto ch' egli abbia voluto donare non è più legalmente supposto, ma dee risultare realmente dalle circostanze (4).

Per exceptionem doli mali. Noi abbiamo sufficientemente spiegato nella nostra *Esposiz. generale del diritto rom.* (p. 64), che cosa erano le eccezioni sotto il sistema del procedimento per formole, e che cosa eran divenute sotto Giustiniano. Nel caso, in cui secondo i principii rigorosi della legge civile, il diritto che serviva di fondamento all'azione esisteva, ma si aveano a rimproverare all'attore dei fatti di dolo, sia negli atti che aveano fatto nascere il diritto, sia anche nella domanda che ne faceva; il magistrato indicando al giudice le pretensioni di lui, e dandogli il potere di condannare, vi aggiugneva questa restrizione: « se non vi è stato, nè vi è dolo da parte d'Aulo Agerio » (*si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii, factum sit, neque fiat*) (5). Nella nostra spezie il proprietario del terreno ha il diritto di rivendicarlo, perchè gli appartiene, ma se egli ricusa di pagar l'edifizio, vi ha mala fede da parte sua, e però gli sarà data ripulsa per l' eccezione del dolo. Quest' eccezione non poteva giovare all'edificatore, che nel caso, in cui trovandosi egli stesso nel possesso fosse attaccato dal proprietario; ma se per qualsivoglia cagione egli avea cessato di possedere, non avea veruna azione per farsi ristorare del danno: poteva solamente richiedere la sua materia dopo la rovina dell' edifizio. Questa era una regola formalmente riconosciuta dai giureconsulti romani (6).

In somma: 1. Le costruzioni sono state fatte di buona fede? l'edificatore, se possiede, ha contro il padrone che rivendica l'eccezione di dolo per farsi pagare il valore della materia, e le opere dei lavoranti; se non possiede ha solamente il diritto di ri-

(1) *D. 47, 3, 2, f. Ulp.*

(2) *D. 5. 3. 38. f. Paul. — C. 3. 32. 5. const, Gord.*

(3) *Cod. 3. 32, 2. c. Anton.*

(4) Un frammento di Paolo nel Digesto *(19, 2, 55, §. 1)*, ci dice che il fittaiuolo, il quale ha edificato sul terreno dato in fitto, ha il diritto di esser ristorato del danno; in fatti è manifesto ch'egli non avea fatto l' edifizio per donarlo.

(5) *Gai. 4, 119.* La frase *dolus malus* viene dalla distinzione, che facevano i romani, tra la frode *(dolus malus)*, e l'artifizio lecito, *dolus bonus*, per esempio quello che si usa per garentirsi da' ladri *(D. 4, 3, 1, §. 3)*.

(6) *D, 6, 1, 48, f, Papin, — 12, 6, 33, f. Jul. — 44, 4, 14, f, Paul,*

chiedere la materia dopo la rovina dell'edifizio. 2. Le costruzioni son fatte di mala fede? l'edificatore, a rigore di principî, non ha per farsi ristorare del danno nè azione, nè eccezione. Non pertanto un'opinione più favorevole gli concede un compenso per le spese necessarie, o utili, ed una costituzione di Antonino gli da il diritto di ripigliare la sua materia dopo la rovina dell'edifizio, salvo se non abbia manifestata l'intenzione di donarla.

XXXI. ***Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit. Et ex diverso, si Titius suam plantam in Maevii solo posuerit, Mevii planta erit; si modo utroque casu radices egerit; ante enim quam radices egerit ejus permanet, cujus fuerat. Adeo autem ex eo tempore, quo radices agit planta, proprietas ejus commutatur, ut si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in ejus fundum radices egerit,*** **Titii effici arborem dicimus;** ***ratio enim non permittit, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cujus in fundum radices egisset. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.***

31. Se Tizio porrà l'altrui pianta nel suo terreco, la pianta sarà sua; all'incontro se Tizio avrà posto la sua pianta nel suolo di Mevio, la pianta sarà di Mevio; se però nell'uno e nell'altro caso avrà fatto radici. Ma innanzi ch'essa abbia gittato radici, si resta di colui, del quale era prima. E da quel tempo che la pianta avrà messo le sue radici, si muta la sua proprietà in cosiffatto modo, che se l'albero del vicino premerà la terra di Tizio sì che vi faccia le sue radici, diciamo che l'albero diventa di Tizio; poichè la ragion non permette, che l'albero s'intenda esser d'altri che di colui, nel fondo del quale avrà messo le sue raeici; e però l'albero posto presso a' confini, mettendo le radici nel terreno del vicino diventa comune.

La regola formolata da Labeone e da Gaio, ***superficies solo cedit*** (1) comprende nella sua generalità egli edifizî: *omne quod inaedificatur solo cedit* » (2), e le piantagioni: « *plantae quae terrae coalescunt solo cedunt* » (3). Il momento, in cui avviene il cangiamento di proprietà, è quello in cui la pianta ha messe le sue radici nel suolo novello (*ubi coaluit*); allora si è formato il legame di aderenza, che congiunge l'una all'altro. Senza dubbio non si può dire ancora, che la pianta debba la sua sostanza a questo suolo, giacchè essa appena in quell'istante vi si è incorporata; senza dubbio si potrebbe anche a rigore separarla, e trapiantare altrove, ma il bene dell'agricoltura debb'impedire che si faccia questo tramutamento. D'altra parte dopo un certo spazio di tempo, questo non sarebbe più giusto, perciocchè la pianta alimentandosi si trasforma.

Le decisioni dei paragrafi precedenti quanto ai diritti, ed ai modi di farsi compensare del danno, si applicano alle piantagioni con le seguenti importanti differenze: 1. che l'azione *de tigno juncto* non si estende a questo caso (4): 2. che l'albero dopo la sua caduta non ritorna al proprietario, come avviene per la materia degli edifizii, e la ragione è che esso, come tutti gli altri corpi organici, alimentandosi si rinnovella, tanto che in fine si trova composto di sostanze al tutto nuove (5).

Titii effici arborem dicimus. Questa regola pare non sia stata unanimemente adottata dai giureconsulti romani. Gaio la professava; Pomponio avea contrario avviso; e le loro opinioni trovansi tutte e due inserite nel Digesto (6).

XXXII. ***Qua ratione autem plantae quae terrae coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque quae sata sunt, solo cedere intelliguntur. Caeterum sicut is qui in alieno solo aedificaverit, si ab eo dominus petat aedificium, defendi potest per exceptionem doli mali, secundum ea quae diximus; ita ejusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is qui alienum fundum sua impensa bona fide consevit.***

32. Per la stessa ragione, che le piante che son nella terra cedono al suolo, i frumenti che son seminati s'intende che cedano al suolo. Del restante, siccome colui che ha fabbricato nell'altrui suolo può difendersi per l'eccezione di frode, se il padrone chiederà l'edificio, secondo che detto abbiamo; così per ajuto della eccezione medesima, colui può esser sicuro, che avrà di buona fede seminato nell'altrui terreno a sue spese.

XXXIII. *Litterae quoque, licet aureae sint perinde chartis, membranisve cedunt, ac solo cedere solent ea quae inaedificantur aut inseruntur; ideoque si in chartis, membranisve tuis carmen vel historiam, vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si a Titio petas tuos libros, tuasve membranas, nec impensas scripturae solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si earum chartarum,*

---

(1) *Gai. 2. §. 75. — D. 43. 17. 3. §. 7, f. Ulp.*
(2) *Dig. 41. 1. 7. §. 10. f. Gai.*
(3) *Ivi 9, pr, f. Gai.*
(4) Il proprietario della pianta si farà compensare o per l'azione *in factum (D. 6, 1, 23, §. 5, f. Paul.)*; o per un'azione utile di rivendicazione *(Ivi f. 5, §. 4, f. Ulp.)*
(5) *Dig. 41. 1. 26. §. 2. f. Paul.*
(6) *D. 41. 1. 7. § 13. f. Gai. — 47. 7. 6. §. 2. f. Pomp.*

membranarumve possessionem bona fide nactus est.

33. Le lettere parimente, quantunque d'oro cedono alle carte, ed alle membrane, siccome suol cedere al suolo quello che vi si fonda o si pianta; laonde se Tizio avrà scritto nelle tue carte, o membrane versi, istoria, o orazione, tu sarai padrone di cosiffatto libro, e non Tizio. Ma se tu chiederai a Tizio i libri, o le carte, e non sarai apparecchiato a pagar le spese della scrittura, Tizio si potrà difender per l'eccezione di frode, se egli però avrà acquistato con buona fede il possesso di queste carte, o membrane.

È certamente inutile avvertire che quì non si tratta della proprietà dell'opera letteraria in se stessa, ma solamente della proprietà della scrittura. La quistione avea un importanza d'applicazione ben più manifesta quando, non essendo ancor fatta l'invenzione della stampa, non v'era altro mezzo di riproduzione delle opere che la scrittura.

XXXIV. *Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturae cedere, aliis videtur picturam, qualiscumque sit tabulae cedere. Sed nobis videtur melius esse, tabulam picturae cedere: ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. Unde si a domino tabulae, imaginem possidente is qui pinxit eam petat, nec solvat pretium tabulae, poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is qui pinxit possideat,* consequens est ut utilis actio *domino tabulae adversus eum detur. Quo casu, si non solvat, impensam picturae, poterit per exceptionem doli mali, repelli, utique si bona fide possessor fuerit ille qui picturam imposuit. Illud enim palam est quod sive is qui pinxit subripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio.*

34. Se alcuno dipingerà nell'altrui tavola, pensano alcuni che la tavola ceda alla pittura, alcuni altri vogliono che la pittura, qualunque sia, ceda alla tavola; ma a noi pare che la tavola ceda alla pittura; perciocchè è cosa da ridere ch' una pittura d'Apelle, o di Parrasio, per accessione abbia a cedere a una vilissima tavola. Laonde se colui che dipinse, chieda al padrone della tavola la pittura che questi possiede, e non paghi il prezzo della tavola, potrà esser ributtato per l'eccezione del dolo. Ma se colui che ha dipinto possiede, è conveniente che l'azione utile si dia al padrone della tavola contro di lui, nel qual caso, se il padrone non pagherà la spese della pittura, può esser ributtato per la medesima eccezione del dolo, se colui però che ha dipinto sarà possessore di buona fede. Questa poi è cosa chiara che se colui che dipinse, o chiunque altro avrà rubato la tavola, l'azione di furto compete al padron della tavola.

Alii videtur. Paolo era di quest' ultima opinione, Gaio per contrario pensava che la pittura dovesse preferirsi alla tela. Le loro opinioni comecchè diametralmente opposte, si trovano amendue nel Digesto (1). Se la pittura fosse fatta sui muri di un edifizio, si dovrebbe diversamente decidere.

Consequens est ut utilis actio. Siccome il pittore è proprietario del quadro, regolarmente egli solo può rivendicarlo contro qualunque possessore. Se dunque si da un azione di rivendicazione al primo padrone della tela, questa non può essere che un'azione utile cioè un' azione introdotta solamente per l'equità ed utilità, affinchè egli non perda la sua tela. (Noi abbiam già spiegato, pag. 159, ciò che s'intende per azione utile). Ma da ciò risulta che costui, pagando la pittura, avrà il quadro. Il pittore potrebbe impedir questo effetto, e ribattere l'azione di lui, pagando il prezzo della tela? I comentatori del dritto romano hanno agitata tal quistione, ma niun testo, che io mi sappia, ha dato al pittore questa facoltà. I testi non parlano d'altro, che dell'eccezione di frode la quale gli è data per farsi pagare il prezzo della pittura. Non pertanto si dee convenire che, siccome l'azione utile si dava solo per equità, per impedire che il padrone della tela non fosse spogliato, quest'azione diveniva inutile, se il pittore offriva il prezzo della tela. Se altrimenti fosse, ne seguirebbe questo strano effetto, che varrebbe meglio pel pittore non possedere, che possedere; giacchè nel primo caso egli potrebbe, pagando la tela, richiedere il quadro, e ritenerlo; e nel secondo sarebbe astretto a darlo. Non sarebbe egli conforme ai principî romani il decidere che il pittore, pagando la tela potesse prevenire l'azione; ma che dopo intentata non potesse ribatterla? Vinnio in questo paragrafo combatte la dicitura *consequens est*, dicendo che queste disposizioni nonchè discendano dalle precedenti, vi apportano anzi un'eccezione. Io non so se mal mi apponga, ma a me pare che la parola *consequens* nel testo abbia relazione semplicemente a questa circostanza *si possideat*, e che il senso sia questo: Se il pittore possiede, segue da questa circostanza, etc.

Quì ha fine nelle Istituzioni l'esame dei vari avvenimenti, che la più parte de' comentatori hanno ordinati sotto il principio dell'accessione con denominazione speciale, come per altrettante diverse specie: l'accrescimento, l'alluvione, la coalizione, l'aggiunzione, la specificazione, la commi-

(1) *D 6 1 23. §. 3. f. Paul. — 41 1. 9. §. 2. f. Gai. — Gai. Comm. 2. §. 78.*

stione, la confusione, la costruzione, la piantagione, etc.

I quattro paragrafi che seguono sono estranei alla materia di che c'intratteniamo, cioè ai modi naturali di acquistare la proprietà; e però non si trovano nelle Istituta di Gaio. Forse si son quì collocati, perchè, dopo aver detto che i frutti appartengono al proprietario, si è voluto parlare dei casi eccezionali, in cui si acquistano da altri, come dal possessore di buona fede, dall'usufruttuario, dal fittaiuolo. Non pertanto il paragrafo seguente indica il possesso di buona fede, come un mezzo di acquistare secondo la ragione naturale.

XXXV. *Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave,* qualibet justa causa, *bona fide acceperit, naturali ratione placuit* fructus, quos percepit, ejus esse *pro cultura et cura. Et ideo si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus* ab eo consumptis *agere non potest. Ei vero qui alienum fundum sciens possedit, non idem concessum est; itaque cum fundo etiam fructus licet consumpti sint, cogitur restituere.*

35. Se qualcuno di buona fede comprerà un fondo da chi non è padrone, credendo egli però che il venditore ne fosse il vero padrone, o di buona fede lo riceverà per donazione, o per qualunque altra giusta cagione, è piaciuto per ragion naturale che i frutti ch'egli ha cavato, sian suoi per la cultura, e per la cura ch'egli ebbe. Laonde se sopravverrà di poi il vero padrone, e rivendicherà il fondo, non potrà chiedere i frutti da quello consumati. Ma non è conceduto il medesimo a colui che ha posseduto scientemente l'altrui terreno, e perciò egli è astretto a rendere insieme col fondo i frutti, quantunque sian consumati.

Justa causa, bona fide acceperit. Vi ha giusta causa quando la tradizione è stata fatta al possessore per una causa legale, che suppone l'intenzione di trasferire la proprietà, come sarebbe a dire, per cagione di vendita, di dote, di pagamento, etc. Più innanzi ritorneremo su di ciò. Del rimanente poco importa se la causa sia lucrativa, come un legato, una donazione; giacchè il nostro testo non vi pone alcuna differenza. Vi ha possesso di buona fede, finchè il possessore ignora che colui dal quale ha ricevuto il fondo, non era il proprietario: ma se da poi venga a risaperlo, da quel momento cessa di acquistare i frutti (1); ed in ciò vi è grandissima differenza con l'usucapione, per la quale basta, come più avanti diremo, d'essere stato di buona fede nel principio.

Fructus quos percepit ejus esse. È regola frequentemente espressa dai giureconsulti, e che importa ben notare a cagione delle sue conseguenze, che il possessore di buona fede in quanto ai frutti è assomigliato al proprietario (2). Ma per questo si richiede che sieno stati separati dal suolo; giacchè fin tanto che vi restano attaccati, ne fan parte, e seguono la sua condizione; or a riguardo del suolo il possessore ha quei soli diritti che il possesso gli dà. Ma staccati che siene una volta o dallo stesso possessore, o da chiunque altro, o naturalmente, ciò poco importa, i frutti cominciano ad esistere separatamente come frutti, come oggetti mobiliari, ed allora il possessore di buona fede può venderli, consumarli, rivendicarli, in una parola esercitare su di essi tutti i diritti di proprietà (3). Da ciò erroneamente si è conchiuso ch'egli ne è realmente il proprietario. Egli non è proprietario rispetto al padrone del fondo, al quale sarà tenuto di renderli, tranne quelli che avrà consumati; e ciò spiega la contraddizione apparente del nostro testo, il quale dopo aver parlato da prima dei frutti raccolti, dipoi non parla più che dei frutti consumati.

Ab eo consumptis. Il possessore di buona fede tuttochè assomigliato al proprietario per tutt' i frutti dal momento che sono staccati dal suolo, pure non guadagna definitivamente, se non quelli soltanto ch'egli consuma (4); in quanto a quelli che ancora esistono, è tenuto a renderli, perciocchè il ritenerli sarebbe lo stesso che arricchirsi con danno altrui. Ma per quelli che non esistono più, il proprietario non può richiederli, essendochè il possessore li ha consumati di buona fede, e se fosse astretto a restituirne il valore, gli si cagionerebbe spesso un pregiudizio reale. Avvertite che la cultura, e la cura ch'egli ha avuta per la produzione de' frutti non sono una ragione sufficiente per attribuirgliene la proprietà in confronto del padrone; la sola conseguenza giusta, che se ne può dedurre, è ch'egli ha

(1) *D. 41, 1, 8, f, Paul.*—Ved. pertanto *D. 22, 1, 25, §, 2, f, Jul.*

(2) *In precipiendis fructibus, id juris habet quod dominis tributum est (D. 22, 1, 25 §. 1, f, Jul.). Quod ad fructus attinet loco domini pene est (D. 41, 1, 48, f, Paul.)*

(3) *D, 7, 4, 13, f, Paul. — D, 41, 1, 48, f, Paul.*

(4) *D. 41. 1. 40. f, Afr. — 41. 5. 4. §. 19. f. Paul. — 42. 1. 41. § 1. — 20. 1. 1. § 2. f. Papin. — 10. 1. 4. §. 2, f. Paul.*

diritto d' esser compensato delle sue cure, e delle spese. Ma il fatto del consumo di buona fede cambia al tutto lo stato della quistione. È forza che le conseguenze dannose si facciano sopportare o al possessore di buona fede, il quale ha consumato i frutti, perchè se ne credeva padrone, o al proprietario, la cui negligenza è stata la prima cagione di questo errore. La ragione adunque vuol che si decida contro costui.

Il possessore di buona fede acquisterebbe, per ragione del consumo i frutti naturali, cioè quelli, che sono prodotti spontaneamente dalla terra senza alcuna cultura da parte sua? Questa quistione è stata agitata da' comentatori; Senza entrare in una lunga discussione, dirò che un frammento di Pomponio enuncia formalmente che non li acquisterebbe (1), mentre un frammento di Paolo pare che dica positivamente ch'egli li acquisterebbe (2). Il certo è che per questi frutti, come per tutti gli altri, egli era assomigliato al proprietario, dal momento ch' erano staccati dal suolo; ma dovea egli renderne ragione al proprietario del fondo, anche dopo averli consumati? Questa è a mio avviso tutta la quistione, e la distinzione che io fo può servire a rischiararla. In somma io non credo inutile di ripetere come analisi di questo paragrafo, che il possessore di buona fede ha in quanto a' frutti due distinti vantaggi: il primo d'esser considerato come proprietario e di poterne esercitare tutt'i diritti pe' frutti d'ogni maniera dal momento che non sono più attaccati al suolo; il secondo di non dover rendere alcun conto al padrone del podère pe'frutti che son consumati.

XXXVI. *Is ad quem usufructus fundi pertinet non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit. Et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, ad haeredes ejus non pertinent, sed domino proprietatis acquiruntur.* Eadem fere *et de colono dicuntur.*

36. Colui al quale appartiene l' usufrutto del fondo non è padrone dei frutti, se non gli ha raccolti, è però s' egli muore, ed i frutti son maturi, ma non colti, questi non appartengono a'suoi eredi, ma sono del padrone della proprietà. Il medesimo quasi abbiam a dire che sia del colono.

Parlando dell'usufrutto noi ritorneremo su queste disposizioni estranee alla materia, di cui qui trattiamo.

Eadem fere. Il colono del pari che l'usufruttuario, non diviene proprietario de' frutti se non quando li ha raccolti, noi più innanzi svolgeremo le conseguenze di questo principio (3). Ma a differenza dell'usufruttuario, il colono morendo trasmette il suo affitto e per conseguenza i suoi diritti a' suoi eredi (4).

XXXVII. *In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac, pili et lana, itaque agni, hoedi, et vituli, equuli, et suculi statim naturali jure dominio fructuarii sunt. Partus vero ancillae in* fructu non est, *itaque ad dominum proprietatis pertinet: absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit.*

37. L' accrescimento del bestiame è tra i frutti non altrimenti che il latte, il pelo, la lana; laonde gli agnelli, i capretti, i vitelli piccioli, i cavallini, ed i porcellini subito per ragion naturale sono in dominio dell'usufruttuario. Ma il parto della schiava non si connumera tra' frutti, e però appartiene al padrone della proprietà, poichè pareva cosa strana, che l'uomo si computasse tra i frutti, mentre la natura ha per cagion dell'uomo prodotto ogni frutto.

In fructu non est. Siffatta quistione, come sappiamo da Cicerone, era stata discussa dagli antichi giureconsulti (5). Ulpiano dà la medesima decisione che Gaio, onde è tratto il passo delle instituzioni, ma ei ne dà un'altra ragione: « *Fructus esse non existimantur, quia non temere ancillae ejus rei causa comparantur, ut pariant* » (6). Così, secondo lui, i figliuoli d'una schiava non son frutti, perchè non si compra una schiava per lo scopo speciale di farla produrre. Ma questa ragione si potrebbe applicare egualmente a tutti gli animali da' quali si ricercano piuttosto i servigi, che l'accrescimento, come sarebbe una vacca da lavoro, una cavalla, un' asina da trasporto, etc. Nonpertanto non era così, e si dee riconoscere che le due ragioni differenti in apparenza si riuniscono, in realtà, nella medesima idea. Comechè la schiava fosse posta nel novero delle cose, pure per considerarla come destinata all' accrescimento, ed assomigliare il suo figliuolo ad un frutto, si sarebbe dovuto scendere all' ultimo grado di degradazione. In fatti risalendo all'origine della quistione è cosa manifesta, che un sentimento di dignità per l'uomo la fè sorgere tra i giureconsulti filosofi, e questo medesimo sentimento dettò la decisione che vedesi inserita nelle Istituzioni.

(1) *D. 22. 1. 45. f. Pomp.*
(2) *D. 41. 1. 48. f. Paul.*
(3) *D. 19. 2. 60. § 5. f. Javol.*
(4) *Cod. 4. 65. 10. c. Gord.*
(5) *Cicer. De fin. bon. et mal. lib. 1. cap. 6.*
(6) *D. 5. 3. 17. f. Ulp.*

XXXVIII. *Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex foetu fructuarius submittere debet, ut et Juliano visum est, et in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere; recte enim colere et quasi bonus paterfamilias uti debet.*

38. Se alcuno avrà l'usufrutto del gregge, debbe in luogo degli animali che son morti mettere di quelli che nascono e far che il numero sia pieno, siccome piacque a Giuliano, ed in luogo delle viti morte o degli alberi, ne debbe metter degli alberi, perciocchè egli ha a coltivarli rettamente, e dee usarne come buon padre di famiglia.

Questo paragrafo assolumente appartiene alla materia dell'usufrutto.

XXXIX. *Thesauros quos quis in loco suo invenerit*, divus Hadrianus *naturalem aequitatem secutus, ei concessit qui invenerit. Idemque statuit si quis* in sacro aut religioso *loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera*, sed fortuitu invenerit, *dimidium inventori*, dimidium domino soli *concessit. Et convenienter si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Caesaris esse statuit. Cui conveniens est ut, si quis in fiscali loco vel publico vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse debeat, et dimidium fisci, vel civitatis.*

39. I tesori che alcuno trovi in luogo che sia suo, son conceduti dal divino Adriano, secondo l'equità naturale, a chi li trova, ed il medesimo Adriano ordinò che s'intendesse lo stesso ogni volta che i tesori fosser trovati a caso in luogo religioso e sacro: ma se fosser trovati nel luogo d'altri, e non a posta fatta, ma così a ventura, volle che la metà si restasse appresso il padrone del suolo, e l'altra metà a colui che li rinvenne. E se qualcuno li trovasse in un luogo di Cesare, ordinò che la metà fosse dell'inventore, e l'altra metà di Cesare. Alla qual cosa è simile quest' altra, che se qualcuno li trovi in luogo del fisco o del pubblico o della città, la metà s' intenda dell' inventore e l'altra metà del fisco o della città.

In un frammento di Paolo nel Digesto troviamo una definizione del tesoro in questi termini: « *Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat.* » (1) Due fatti costituiscono il carattere essenziale del tesoro, cioè il deposito della cosa fatta da gran tempo in un luogo qualunque (*vetus depositio*), e la perdita di ogni memoria di proprietà su questa cosa (*cujus non extat memoria*). Il tesoro non è veramente posto tra le cose *nullius*, perchè la proprietà non si è mai realmente perduta, solo se n'è perduta ogni ricordanza. Da un altro lato non è esatto il dire che sia l'accessione del suolo, perchè è vero che vi si trova nascosto, ma non fa parte integrante, parte subordinata di esso. Adunque nè l'inventore, nè il proprietario hanno a rigore alcun diritto a richiedere la proprietà sia per occupazione, sia per accessione; e però il legislatore avrebbe potuto decider per esempio, che essendosi perduta ogni memoria di proprietà, il tesoro fosse pubblico, ed appartenesse allo stato. Ma giudicando più convenevole d'abbandonarlo a'privati, e prendendo in considerazione da una parte il fatto dell'invenzione, che ha ritornata alla luce questa proprietà sepolta, e dall'altra la situaziope dell'oggetto, la quale sembreva offrirlo più agevolmente alla scoperta del proprietario, per evitare la pena che naturalmente proverebbero l'uno a vedersi togliere interamente quel ch' egli ha scoverto, l'altro quel che si è venuto a scovrire nel suo fondo, e che era per così dire destinato alla sua invenzione, la legge romana divide il tesoro per metà tra l'inventore, ed il proprietario. Non vi ha nè vera *occupazione*, nè vera *accessione*; ma vi ha analogia tra queste idee, e le ragioni che determinano il legislatore nell'attribuzione ch'egli fa della proprietà.

Divus Hadrianus. Tutte le decisioni riferite in questo paragrafo appartengono ad Adriano. Lo storico Elio Sparziano nella vita di questo principe riassume così le sue disposizioni: *De thesauris ita cavit, ut si quis in suo reperisset, ipse potiretur, si quis in alieno, dimidium domino daret, si quis in publico, cum fisco aequaliter partiretur* » (2).

In sacro aut religioso. Essendo questi luoghi *res nullius*, niuno poteva richiedere la parte conceduta al proprietario. Nondimeno quanto al suolo delle provincie, la cui proprietà reputavasi appartenere al popolo, o a Cesare, ed in cui sappiamo da Gaio, non potervi essere realmente alcun luogo sacro, nè religioso, la metà del tesoro che si era scoverto dovea attribuirsi al popolo, o a Cesare in qualità di proprietarii. E questo si raccoglie da un frammento mal compreso del Digesto, nel quale veggiamo che Marc-Aurelio, e suo fratello Lucio Vero aveano attribuito questa parte al fisco (3). Checchè ne sia le Istituzioni consacrano

(1) *D. 41. 1. 31. §. 1. f. Paul.* La parola *pecuniae* in questo frammento debb' esser presa in un senso generale, come spesso la vediamo adoperata nelle leggi romane.

(2) Aelius Spartian. *In Hadrian.* p. 9. edizione di Parigi, 1620, in fol.

(3) *D. 49. 14. 3. §. 10 f. Callist.* Questo frammento è inteso in altro senso da parecchi commentatori.

la decisione di Adriano; perchè sotto Giustiniano ogni distinzione, quanto al suolo dell'impero era scomparsa.

Fortuitu invenerit. Intorno a questo soggetto merita di esser notato una costituzione dell' Imperadore Leone inserita nel Codice di Giustiniano (1). È permesso a ciascuno di cercare dei tesori nella sua proprietà, purchè, dice l' imperadore, non si faccia col mezzo di empii sacrifizii, o di qualsivoglia altro artifizio punito dalle leggi. Qui si vede l'impronta di quelle idee superstiziose, delle quali anche le leggi di que' tempi non andavano esenti.

La stessa costituzione aggiugne che, se si va a far delle ricerche a posta fatta sul fondo altrui, tutto quel che si troverà, apparterrà al padrone del fondo.

Dimidium domino soli. Una costituzione che trovasi nel Codice di Teodosio, e che appartiene agl'imperadori Graziano, Valentiniano, e Teodosio (2), dava soltanto il quarto al proprietario del fondo. Giustiniano ritorna alle disposizioni di Adriano.

Eccoci pervenuti all' ultimo modo naturale di acquistare, che ci resta ad esaminare; questo è la tradizione. Non è necessario di ripetere i particolari storici che abbiam dati su questo soggetto. Noi sappiamo che la tradizione si fa senza alcuna solennità, e si applica sotto Giustiniano a tutte le cose corporali.

Vi ha un' intima relazione tra *possesso* e *tradizione*, perciocchè la tradizione non è altro che l'atto, col quale si dà il possesso (*possessionis translatio*).

Or io posso consegnarvi la mia cosa senza alcuna intenzione nè dalla mia, nè dalla vostra parte, che voi ne abbiate ad essere il proprietario, come avviene quando io vi do in prestanza, o quando vi do a custodire il mio cavallo. In questo caso io vi do solamente il *possesso fisico*. Questa tradizione puramente corporale (*nuda traditio*) non vi rende agli occhi della legge nè possessore, nè proprietario, quantunque essa non sia senza qualche effetto legale.

Io posso consegnarvi la mia cosa con intenzione e da mia parte, e dalla vostra che voi ne diveniate proprietario. Allora io vi do il *possesso legale*. Questa tradizione vi rende in un tempo medesimo e possessore, e proprietario.

In fatti per le cose *nullius*, di cui niuno ha nè il possesso, nè la proprietà, se voi ne prendete possesso, ne divenite proprietario all'istante. Per le cose de'particolari, il cui possesso, e la cui proprietà appartengono ad altri, se il proprietario capace di alienarle ve ne da il possesso con intenzione di trasferirvi la proprietà, voi all'istante ne divenite proprietario. Nel primo caso (*occupazione*), ciò che produce la proprietà è il possesso che da voi stesso prendete; nel secondo (*tradizione*) è il possesso che vi è dato dal proprietario congiunto alla volontà di questo medesimo proprietario.

Ciò posto, ricordandoci che il possesso legale si compone di due elementi, cioè del fatto, e dell'intenzione; che il fatto consiste nel trovarsi la cosa in qualsivoglia modo a nostro libera disposizione, e l' intenzione nella volontà di posseder come padrone, è agevole conchiudere, che le regole della tradizione sono: 1.° che la cosa in un modo qualunque sia stata messa a disposizione di colui, al quale si vuol cedere; 2.° che sia stata consegnata e ricevuta con l'intenzione di trasferirne la proprietà (3). Quando concorrono queste due circostanze, vi è tradizione del possesso legale, ma perchè la proprietà sia trasferita all' istante, esso è necessario: 3.° che questa tradizione sia fatta dal proprietario capace di alienare.

Si son distinte più specie di tradizioni: ma come vi è un solo possesso legale, così per acquistare la proprietà vi è una sola occupazione, ed una sola tradizione consistente l' una nell' acquisto del possesso legale, l' altra nella trasmissione di questo possesso fatta nello scopo di trasferire la proprietà. In quanto alle particolari circostanze, che si possono incontrare, esse producono soltanto delle modificazioni accessorie, le quali non derogano in nulla ai principî fondamentali.

Siccome per le cose incorporali non può propriamente parlando, esservi possesso (p. 227), così del pari non può esservi tradizione (4). Ma essendosi per siffatte cose ammesso in certi casi un *quasi possesso*, che consiste nell' esercizio del diritto, vi è per conseguenza in certi casi una specie di tradizione, la quale consiste in dare, o soffrire l'esercizio del diritto (5); o questo s'intende generalmente per *quasi tradizione*.

---

(1) *C. 10. 15.* Costit. unica.

(2) Cod. Theod. lib. 10. tit. 18. *De thesauris*, const. 2.

(3) *D. 44. 7. 55, f. Javol.*

(4) *Incorporales res traditionem non recipere manifestum est* (Gai 2. § 28.) — *D. 41. 1. 43. § 1. f. Gai.*

(5) *D. 7. 1. 3. pr. f. Gai. — 8. 1. 20. f. Jav. 6, 2, 11 §. 1. f. Ulp.*

Ora mi rimane solamente a fare una riflessione importante, perchè appartiene al carattere generale del dritto romano.

La proprietà non essendo un fatto ma un diritto, un prodotto della legge, egli è possibile senza dubbio che in una legislazione si stabilisca, che questa proprietà sarà trasferita da una persona all'altra per la sola volontà delle parti in forza della legge, e senza alcun fatto esterno. Questa è la regola adottata nel nostro diritto francese. Ma si può ancora richiedere pel trasferimento della proprietà, che oltre la convenzione delle parti vi sia intervenuto il rilascio del possesso. Quest'ultimo sistema offre più o meno d'utilità che il primo? Io qui dirò solamente che esso è molto più naturale, e che la proprietà, la quale è un dritto a rispetto di tutti, pel segno esteriore, che regolarmente l'accompagna, e che la fa presumere, cioè il potere, il possesso. Questo era il sistema consacrato dalle leggi romane, ed una costituzioue di Diocleziano esprime il principio in questi termini: « *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* » (1). E però in questo sistema le convenzioni legalmente formate aveano per effetto, di legare le parti, e di obbligarle a dare ciò che aveau promesso, ma non trasferivano la proprietà; per fare questo trasferimento si richiedeva per regola generale la consegna della coso. Era ciò applicabile alle cose incorporali? basta la sola convenzione per cedere questi oggetti? o si richiedeva la quasi tradizione ne' casi in cui poteva aver luogo? Più appresso esamineremo siffatta quistione.

Del resto non si creda che la tradizione fosse il solo modo di acquistare, o che la proprietà non si trovasse mai trasferita per la forza della legge, senza che vi fosse possesso. Noi vedremo il contrario ne' legati, nelle donazioni a causa di morte, nelle successioni, etc., e ne daremo le ragioni. Ora passo alla spiegazione in particolare.

XL. *Per traditionem quoque jure naturali res nobis adquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentes rem suam in alium transferre ratam haberi: et ideo* cujuscumque generis sit *corporalis res, tradi potest; et a domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque, et tributaria praedia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria, et tributaria praedia quae in provinciis sunt, inter quas nec non et italica praedia, ex nostra constitutione, nulla est differentia; sed si quidem ex causa donationis, aut dotis, aut* qualibet alia ex causa *tradantur, sine dubio transferuntur.*

40. Le cose parimente si acquistano per diritto naturale con la tradizione, perciocchè non v'è cosa più conveniente all'equità naturale, che aver per ferma e rata la volontà del padrone d'una cosa che voglia trasferirla in un altro. E perciò d'ogni cosa corporale, sia di che sorta esser si voglia, si può far la tradizione, e se è data dal padrone, si aliena. Laonde per questo modo, si alienano eziandio i poderi stipendiarii, e tributarii. Si chiamano così quei poderi che sono nelle province: mentre tra questi, e quelli d'Italia non è differenza alcuna per la nostra costituzione. La tradizione che se ne fa per conto di dote, di donazione, o di qualunque altra causa, ne trasferisce senza dubbio la proprietà.

Cujuscumque generis. Non si vuol intendere queste parole nel senso che ogni cosa corporale, anche i tempî, gli edifizi pubblici, il sole, etc. possa esser data manualmente. I compilatori delle Istituzioni han voluto alludere al cambiamento introdotto da Giustiniano, il quale rendè la tradizione applicabile ad ogni cosa corporale, senza distinzione tra quelle che erano *mancipi* o *nec mancipi*; il che si spiega dalle frasi che seguono. La costituzione che ha consacrato questo cambiamento, e di cui parla il nostro testo, è quella che noi abbiam citata p. 224. Noi sappiamo che per beni *stipendiarii* s'intendevano i fondi delle province attribuite al popolo, e per beni *tributarii* quelli delle province attribuite all'imperadore (*Hist. du dr.* n. 57).

Qualibet alia ex causa. Il fatto fisico della tradizione non trasferisce la proprietà, se non vi è una giusta causa. « *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio, aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*(2).

I giureconsulti romani intendono per giusta causa della tradizione un contratto, o un fatto qualunque, che trae come conseguenza la volontà di trasferire la proprietà, e di fare a questo fine la tradizione.

E però la tradizione fatta da un fanciullo, da un pazzo, senza che alcun fatto abbia potuto determinare in essi alcuna volontà, non ha causa, e non produce alcun diritto. Così la tradizione fatta per cagione di prestito, di affitto, di deposito, contratti che non portano la volontà di trasferire la proprietà, non ha ciò che dicesi giusta causa (*justa causa*); e quindi non produce la proprietà. Fin qui vi ha solamente consegna

(1) *Cod.* 2. 3. 20. *c. Diocl. et Maxim.* (2) *D.* 41, 1, 31, *f. Paul.*—*Ulp. Reg.* 19, 7.—*G.* 2, §. 20.

del possesso fisico, e per conseguenza *tradizione puramente fisica* (*nuda traditio*). Ma la tradizione fatta per cagione di vendita , di pagamento , di permuta, di donazione, ed ogni altro contratto, o fatto, purchè porti con se come conseguenza la volontà di trasferire la proprietà, ha una giusta causa, e produce in un tempo medesimo il passaggio del possesso legale , ed il trasferimento della proprietà. Che anzi ancorchè questo contratto , o fatto sia stato determinato dal dolo di una delle parti verso l'altra (1); ancorchè vi sia stato tra loro un malinteso,dando l'una per una tale causa, e l'altra ricevendo per la tal' altra (2), ciò poco importa, basta che il fatto sia seguito con la volontà di trasferire la proprietà , perchè la tradizione produca i suoi effetti, cioè l'alienazione della cosa, salve nondimeno le azioni personali che in questi casi potrebbero nascere (3).

XLI. *Venditae vero res et traditae, non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti* expromissore, *aut pignore dato. Quod cavetur quidem ex* lege duodecim Tabularum, *tamen recte dicitur,et jure gentium,idest jure naturali, id effici : sed si is qui vendidit, fidem emptoris secutus est, dicendum est statim rem emptoris fieri.*

41. Ma le cose vendute e consegnate non si acquistano dal compratore se egli prima non paga il prezzo di esse al venditore o in qualche altro modo lo soddisfaccia, come sarebbe per espromissione, o per pegno dato, la qual cosa, benchè sia ordinata dalla legge delle XII Tavole, nondimeno si può rettamente dire che sia per dritto delle genti, cioè per diritto naturale. Ma se colui che ha venduto, crede alla fede del compratore , si dee dire che la cosa divien subito del compratore.

Colui che vende non ha l' intenzione di trasferire la proprietà se non quanto gli si paghi il prezzo ; se dunque non è pagato , la proprietà non è trasferita. Ma se il venditore si è contentato di ricevere un pegno, una sicurtà, un espromissore , per ciò appunto ha consentito di trasferire subito la proprietà, e di rimaner creditore del prezzo. È lo stesso quando egli ha creduto interamente alla fede del compratore senza richiedere alcuna cautela, per esempio dandogli una dilazione per pagare, o anche affidandosi su tal riguardo alla buona fede di lui. Ma questo fatto debb'esser provato dal compratore.

Espromissore. Questa parola dinota un terzo, che promette al creditore di adempire egli stesso l'obbligazione, e libera con ciò il debitore.

Lege duodecim Tabularum. Questa frase è da notarsi come quella che viene in sostegno dell'opinione che ho adottata, che la vendita, e la tradizione naturale esistevano anche al tempo delle Dodici Tavole per le cose *nec mancipi* (ved. p. 209).

XLII. *Nihil autem interest utrum ipse dominus tradat alicui rem suam, an voluntate ejus alius.*

42. E non importa nulla che il padrone faccia egli stesso la tradizione della sua cosa, o un altro per volontà di lui.

XLIII. *Qua ratione, si cui libera universorum negotiorum administratio a domino permissa fuerit, isque ex iis negotiis rem vendiderit, et tradiderit, facit eam accipientis.*

43. Laonde se sarà commesso da un padrone a qualcuno ch' egli amministri i suoi negozi con ogni libertà, colui vendendo, o dando qualcuna delle cose a lui commesse, ne trasferisce la proprietà a colui che la riceve.

Sempre,perchè egli opera secondo la volontà del padrone , di cui egli è solamente lo strumento. Questo paragrafo fa sorgere la quistione, se il mandato generale di amministrare dia il potere di vendere. Questo non è il luogo di discuterla a lungo, ma si può far osservare che siffatto mandato dà sempre il diritto di fare quelle vendite, che le circostanze richieggono , e che per conseguenza fan parte dell' amministrazione, come sarebbe quella de' frutti, e delle cose soggette a deterioramento (4). Oltre a ciò egli è bene di notare la dizione del nostro testo: *Libera universorum negotio-*

(1) *C. 4, 44, 10.*
(2) *D. 41, 1, 36, f. Jul.*—Non ostante *12, 1, 18, f. Ulp.*
(3) *Ved. Dig. lib. 12, tit. 6, e 7.*—Il Warnkoenig si è discostato dall' opinione comune in una dissertazione su questa materia *(in Archiv. für die civilist. Praxis vol. VI. p. III.—133)*, e nei suoi comentari sul diritto romano *(t. 1, p. 374 e seg.)* Egli intende per giusta causa la volontà di trasferire la proprietà manifestata per qualunque fatto. Quest' opinione ha qualche cosa di più generale, perchè in sostanza sempre la volontà di trasferire la proprietà è quella che fa intervenire la tradizione, e le dà i suoi effetti. Ma non è questo il senso, che i giureconsulti romani davano alla parola *causa*. Tutti i testi provano che essi intendevano per *causa* il fatto che determina la volontà di trasferire la proprietà, e non la volontà in se stessa.
(4) *D. 3, 3, 63. Modest.*

rum administratio, direzione che si trova nel Digesto, ne' frammenti di Gaio, e di Paolo (1), e che indica una gran latitudine lasciata all'amministratore. Anche la parafrasi di Teofilo viene a confermar quest'idea.

XLIV. *Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam tibi aliquis commodavit, aut locavit, aut apud te deposuit, vendiderit tibi, aut donaverit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit, eo tamen ipso quod patitur tuam esse, statim tibi adquiritur proprietas; perinde ac si eo nomine tradita fuisset.*

44. Talora anche senza la tradizione basta la semplice volontà del padrone a trasferire la cosa; come sarebbe se la cosa che ti fu prestata da qualcuno, o affittata, o data in deposito, dopo ti fosse venduta o donata. Perocchè quantunque egli non te l'avesse data in principio per cosiffatta cagione, pure perchè consente che sia tua, subito ti s'acquista la proprietà, come se per quella cagione ti fosse stata data.

Da questo principio, che per trasmettersi la proprietà da una in un'altra persona, per effetto di convenzione, è necessario che si riunisca il possesso legale dell'oggetto, e la volontà del proprietario, di trasferirne la proprietà si conchiuderà: 1.° che se voi tenete la mia cosa perchè io ve l'ho prestata, affittata, etc. voi avete di già il fatto corporale del possesso: a questo fatto si aggiugne l'intenzione da che noi conveniamo che la proprietà sia trasferita a voi; voi dunque acquisterete il possesso legale; vi è inoltre la volontà del proprietario di alienare; quindi voi acquistate la cosa. Non vi è stata tradizione corporale dell'oggetto, perchè era di già a vostra disposizione, ma vi è stato per la sola nostra volontà passaggio del possesso legale, e per conseguenza della proprietà (2);

2.° Che se nel vendervi, o donarvi la mia cosa noi conveniamo che io la riterrò in usufrutto, in affitto, in pegno, etc., io incontanente comincio a possedere per voi, voi quindi ne acquistate il possesso legale; oltre a questo vi è la volontà del proprietario di alienare; la proprietà è dunque trasferita (3). Noi vi è stata tradizione corporale dell'oggetto, ma vi è stato passaggio del possesso legale;

3.° Che se voi avete di già il possesso legale della mia cosa, per esempio, perchè l'avete comprata, ricevuta in dono, in legato da una persona, che non n'era proprietaria, non vi manca che la volontà del proprietario di alienare; se questa volontà vi si aggiugne, se io consento che la cosa sia vostra, essa incontanente da voi si acquista (4). Questo è un caso notabilissimo, perchè qui non vi è stato alcun trasferimento del possesso, per la ragione che voi di già l'avevate.

In tutti questi casi la sola volontà trasferisce la proprietà, senza che la cosa sia stata effettualmente consegnata, perchè o il possesso legale di già si trovava presso l'acquirente, o la sola volontà è bastata per conferirglielo.

Gli antichi comentatori hanno usato in questo caso il nome di tradizione finta, pretendendo esser necessario supporre che vi sia stata una tradizione; per esempio, che voi m'abbiate renduta la cosa ch'io vi avea prestata, o che voi possedevate, e che io alla mia volta ve l'abbia nuovamente consegnata; ovvero che io vi abbia consegnata la cosa che vi vendeva, e che voi alla vostra volta me l'abbiate di nuovo consegnata in affitto, etc. Ma queste supposizioni non avrebbero qui alcuna utilità (5); perciocchè per trasferire la proprietà, non la tradizione corporale è indispensabile, ma sì bene il possesso legale; ogni volta che questo possesso legale avviene senza la tradizione, questa è al tutto inutile.

I comentatori hanno ancora pe' medesimi casi adoperata l'espressione di tradizione di *breve mano* tolta da un frammento del Digesto (6), e per contrapposto quella di tradizione di *lunga mano* tolta eziandio

(1) *D. 3, 5, 58, f. Paul.—41, 1, 9, §. 4, f. Gai.*

(2) *D. 41, 1, 9, §. 5, f. Gai.*

(3) *C. 8, 54, 28, c. Honor. et Theod. — D. 6, 1, 77, f. Ulp.*

(4) *D. 41, 1, 21, §. 1, f. Pomp.*

(5) Io dico qui, perchè vi ha de' casi particolari, in cui somiglianti supposizioni avrebbero qualche utilità. Per esempio nel *mutuum*, a cagione del principio che non si può dare in *mutuum* quello, di cui non si è proprietario. E però i giureconsulti romani discutevano in questo caso sull'ammissione di cosiffatte supposizioni (*D. 12, 1, 5, f. Ulp. — 17, 1. 34, pr. f. Afr.*) L'errore dei comentatori viene adunque dall'aver applicato all'acquisto della proprietà ciò che era speciale ad alcune circostanze particolari.

(6) *Quotiens autem extraneus accepto fert debitori dotis constituendae causa, si quidem nuptiae insecutae non fuerint, liberatio non sequetur nisi forte sic accepto tulit, ut velit mulieri in totum donatum: tunc enim credendum est* brevi manu *acceptum a muliere, et marito datum.* (*D. 23, 3, 43, § 1, f. Ulp.*). Questo è anche un caso in cui una cosiffatta supposizione era utile per far acquistare alla donna.

dal Digesto (1), ed applicabile al caso, in cui l'acquirente ha in certa guisa preso possesso della cosa per gli occhi, specie di lunga mano, per esempio quando si è deposto innanzi a lui il sacco del danaro, quando gli si è indicato col dito il campo che gli si vuol dare. Senza contrastare le espressioni di *breve* e di *lunga mano*, si dee dire che per acquistare la proprietà non vi ha che una sola tradizione, la quale consiste nel trasferimento del possesso, trasferimento che può avvenire in tutti i modi atti a porre la cosa a disposizione dell' acquirente. Questi diversi modi posson bene enunciarsi per differenti modi di dire, come sarebbe, *ricevere la cosa per lunga mano*; ma da ciò non segue che vi sieno tante spezie diverse di tradizione.

XLV. *Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.*

45. Similmente se qualcuno ha venduto le sue merci ch'egli ha riposte nel suo granaio, subitochè consegnerà le chiavi del granaio al compratore, la proprietà delle merci si trasferisce al compratore.

Perchè così son messe a sua disposizione, vi ha trasferimento del possesso. Ma si dee aggiugnere, che la consegna delle chiavi, perchè possa produrre quest'effetto, debb'esser fatta presso il granaio (*apud orrea*). Ciò è formalmente detto da Papiniano, (2) ed è reputato nella parafrasi di Teofilo. I Comentatori han chiamato questa tradizione *tradizione simbolica*, supponendo che le chiavi sieno il simbolo delle merci. Siffatta supposizione, la quale non è giustificata da alcun testo, è tanto più fuor di luogo in quanto che, avendo la legislazione romana consacrato parecchi atti simbolici, come sarebbe a dire alcune formalità delle azioni della legge, le manomissioni, le cessioni *in jure*, etc., bisogna astenersi di annoverare tra questi atti quelli che mai non vi sono stati compresi. Quanto alla tradizione, ricordiamoci sempre, che vi ha il fatto del possesso ogni volta che la cosa si trova in qualsivoglia modo messa a disposizione dell'acquirente (Ved. quì sopra p. 252) (3).

XLVI. *Hoc amplius interdum et in incertam personam collata voluntas domini transfert rei proprietatem: ut ecce praetores et consules qui missilia jactant in vulgus, ignorant quid eorum quisque sit excepturus; et tamen, quia volunt quod quisque exceperit ejus esse, statim eum dominum efficiunt.*

46. S' aggiugne a questo, che talora il padrone d' una cosa la trasferisce a persona incerta come p. e. i Pretori, ed i Consoli i quali gettano alla plebe certe cose, non sanno chi del popolo le abbia ad avere, nondimeno perchè essi vogliono che ciò che essi gettano sia di colui che lo raccoglie, subito la loro volontà ne lo rende padrone.

Quì concorrono in certa guisa la tradizione, e l'occupazione per dare la proprietà, ma tutto è fondato sulla volontà del padrone.

Della perdita del possesso, e della proprietà.

Il possesso legale componendosi del fatto, e dell' intenzione, dee cessare, se uno di questi elementi viene a mancare. In fatti un frammento del Digesto consacra questo principio: *Possessionem amitti vel animo, vel etiam corpore* (4).

Il possesso legale si perde pel fatto (*corpore*, *facto*) da che la cosa cessa di essere a nostra disposizione. Per esempio pe' mobili, se la cosa ci è involata o rapita (5), se l'abbiamo perduta ignorando assolutamente il luogo dov'essa è (6); se le pietre preziose che ci appartengono sono state sommerse nel Tevere (7); se l'animale salvatico che noi tenevamo ha ripigliato la sua liber-

(1) *Pecuniam quam mihi debes, aut aliam rem si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur ut et tu statim libereris, et mea esse incipiat. Nam tum quod a nullo corporaliter ejus rei possessio detineretur, acquisita mihi, et quodammodo manu longa tradita existimanda est.* (D. 46, 3, 79, f. Javol.).

(2) *Clavibus traditis, ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint* (D. 18, 1, 74, f. Pap.).

(3) Questa teorica semplice, e conforme ai testi, che ha fatto sparire le sottigliezze introdotte circa le tradizioni, è stata esposta da prima in Alemagna dal Savigny nel suo trattato sul possesso, e bentosto generalmente ricevuta.

(4) *D. 41, 2, 44, § 2, f. Pap.*—Ved. nondimeno nello stesso titolo il frammento 8 di Paolo, il quale dice che il possesso cessa, quando si è perduto in un tempo medesimo il fatto, e l' intenzione. *Quemadmodum nulla possessio adquiri, nisi animo et corpore potest; ita nulla amittitur nisi in qua utrumque in contrarium actum est.* Opinione che trovasi ripetuta ne' medesimi termini in un altro frammento del medesimo giureconsulto (*D. 50, 17, 153.*). Questi due testi che formano manifesta antinomia non possono distruggere il principio, e le leggi che lo consacrano.

(5) *D. 41. 2. 15. f. Gai. e 3. § 18. f. Paul.*

(6) *Ivi 25. pr. f. Pomp. e 3. § 13. f. Paul.*

(7) *D. 41. 2. 13, f. Ulp.*

tà naturale. Per gl'immobili, se alcuno violentemente è cacciato dal suo podere (*vi dejectus*) (1); se il fiume, o il mare viene ad occupare il vostro terreno (2). Ma sarebbe errore il credere che pel solo fatto di essere assente si cessi di possedere; il fatto di possesso legale non sta nel tenere effettualmente la cosa, ma nell'essere quella a nostra disposizione. Or l'assenza non fa punto ostacolo a questo fatto (3). Ciò ha dato luogo a quest'adagio: *Animo retinetur possessio.*

Il possesso legale si perde per l'intenzione (*animo*), da che abbiamo fermato di non voler più possedere, quantunque ancora riteniamo la cosa (4). Tal' è il caso in cui vediamo la cosa, ritenendola in affitto, o in prestito. Il pupillo, l'uomo in demenza non avendo volontà legale, non possono per loro stessi perdere il possesso in questa maniera (5).

In quanto alla proprietà, senza entrar ne' particolari di tutti gli avvenimenti, che la distruggono, ci basta dire che deve necessariamente perdersi: 1. quando colui che l'avea diviene incapace d'esser proprietario, come quando muore, o è fatto schiavo; 2. allorchè la cosa perisce, o esce dal patrimonio degli uomini, come avviene per gli oggetti che divengono sacri, religiosi, o per l'animale selvaggio che ripiglia la sua libertà naturale; 3. allorchè la proprietà è trasferita ad altri, il che ci rinvia alla conoscenza dei modi ne' quali così fatto trasferimento si effettua; 4. in fine allorchè il proprietario abbandona la sua cosa, perchè non vuole più averla. Di questo caso solamente trattano i due seguenti paragrafi.

XLVII. *Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nolit; ideoque* statim dominus esse desinit.

47. Per la qual ragione pare eziandio esser verissimo, che se alcuno occupa una cosa lasciata in abbandono dal suo padrone, subito ne divien padrone, e s'intende esser lasciato in abbandono quel che il padrone ha gettato via con animo che quella tal cosa non sia più nel numero delle sue cose, e perciò subito cessa di esserne più padrone.

Statim dominus esse desinit. Perchè perde all'istante e il possesso legale, e l'intenzione di proprietà. Sappiamo da un frammento di Paolo nel Digesto, che secondo Procolo la proprietà della cosa abbandonata non dovrebbe perdersi che quando un altro se ne fosse impadronito, ma quest'avviso non era seguito, e con ragione: fino a tanto che la cosa abbandonata non è presa da niuno, essa è *res nullius*; dal momento che alcuno se ne impossessa, l'acquista (6).

XLVIII. *Alia causa est earum rerum, quae in tempestate maris, levandae navis causa ejiciuntur: has enim dominorum permanent, quia palam est eas non eo animo ejici quod quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa navi maris periculum effugiat. Qua de causa, si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longe discedere videntur ab his quae de rheda currente non intelligentibus dominis cadunt.*

48. Ma altro è da dire di quelle cose che in caso di tempesta si gettano in mare per cagione d'alleggerir la nave: esse son de' padroni, perchè egli è chiaro che non son gettate via con animo di non le volere, ma acciocchè si possa fuggire il pericolo del mare, e salvare la nave; laonde se qualcuno torrà le cose portate dal flusso del mare, o andrà nel mare per torle con intenzione di appropiarsele, commette furto, e non è molta differenza tra queste cose, e quelle altre, che non vedendole i padroni, cadono della carretta che corre.

Da questo paragrafo dobbiam conchiudere, che l'abbandono della cosa non fa perdere la proprietà, se non quando è fatto con intenzione di non esserne più proprietario. Gli esempi citati nel testo contengono l'applicazione di siffatto principio. Una legge nel Digesto sullo getto fatto in mare sembra contraria al nostro paragrafo (7); ma leggendola attentamente si vede che tutto si riduce ad una quistione d'intenzione. Intorno a ciò non vi è alcun dubbio.

Delle azioni relative al possesso ed alla proprietà.

Non è ancora tempo di entrare qui ne' particolari di tutte le azioni relative al possesso, ed alla proprietà, ma alcune idee generali sono indispensabili.

(1) *Ivi 3. §§. 8, e 9, Paul. — 44. 3. 4. §. 22. f. Paul.* (2) *Ivi §. 17.*

(3) *Ivi § 11.* — Di più noi vediamo Papiniano, ed i giureconsulti che l'han seguito decidere, che se durante la vostra assenza alcuno s' impadronisce del vostro fondo, voi non ne perdete il possesso fino a tanto che l'ignorate, ma solamente quando i vostri diritti, sapendo voi, son contrastati, o sconosciuti (*Ivi 46, f. Papin.; 3 §§ 7, e 8, f. Paul.* (*6, f. Ulp.; 25, § 2, f. Pomp.*).

(4) *Ivi 3. §. 6. f. Paul.* La conchiusione di questo paragrafo è la seguente. *Igitur amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest.*

(5) *Ivi 29, f. Paul. e 27. f. Procul.*

(6) *D. 41. 7, 2. f. Paul.*

(7) *D. 47. 2, 43. §. 11. f. Ulp.*

Il possesso ed il quasi possesso erano spezialmente protetti da ciò che chiamavano interdetti (*interdicta*). Noi abbiamo spiegato nella nostra *Esposiz. gener. del diritto rom.* n. 98, la natura particolare di questa istituzione. Sappiamo che gl' interdetti si usavano nelle contestazioni urgenti, che avrebber potuto cagionare delle vie di fatto tra le parti: di questo numero eran quelle sul possesso (1). In quanto a questa materia si dividevano in quattro classi: 1. interdetti per acquistare il possesso che non si aveva ancora (*adipiscendae possessionis causa*); 2. per conservare il possesso che uno aveva, e che gli veniva contrastato da un altro (*retinendae possessionis*); 3. per farsi restituire il possesso stato tolto da alcuno (*recuperandae possessionis*) 4. ed in fine interdetti doppi tanto per acquistare, che per ricuperare il possesso (2). Quando il procedimento per formola fu abolito, gl'interdetti si trovarono trasformati in azioni, che aveano per iscopo di ottenere dalla sentenza del giudice ciò che prima si otteneva dall'interdetto del pretore. Tale è la legislazione sotto Giustiniano (Ist. 4. 14 *princ.*)

La proprietà era protetta principalmente dalle azioni reali (*actiones in rem*), nelle quali l'attore non chiede l'esecuzione di un obbligazione che lega a se personalmente il suo avversario, ma sostiene che una cosa corporale, o incorporale, cioè fisica, o anche semplicemente giuridica, come un diritto di servitù, uno stato, un diritto di famiglia, gli appartiene (3).

Le Istituzioni danno a queste azioni il nome generico di vendicazioni (*vindicationes*) (4). Vi erano parecchie spezie di azioni reali derivanti o dal diritto civile, o dal diritto pretorio. Noi farem notare segnatamente la rivendicazione propriamente detta (*rei vindicatio*), per la quale un proprietario segue la sua cosa nelle mani di qualunque possessore a fine d' esserne dichiarato proprietario, e di ottenerne la restituzione (5). La parola vendicazione in quest'ultimo caso è presa nella sua propria significazione, e non nel senso generico che talora se le attribuisce.

TITULUS II.

DE REBUS CORPORALIBUS, ET INCORPORALIBUS.

Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales.

TITOLO II.

DELLE COSE CORPORALI, ED INCORPORALI.

Oltre a questo, alcune cose son corporali, ed alcune incorporali.

I. *Corporales hae sunt quae sui natura tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum; et denique aliae res innumerabiles.*

1. Le corporali son quelle che per lor natura possono esser toccate, come un fondo, un uomo, una veste, l'oro, l'argento, e brevemente molte altre cose infinite.

II. *Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt: qualia sunt ea, quae in jure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, usus obligationes quoquomodo contractae. Nec ad rem pertinet quod in hereditate* res corporales continentur, *nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia; nam ipsum jus hereditatis, et ipsum jus utendi fruendi, et ipsum jus obligationis incorporale est.*

2. Le cose incorporali son quelle, che non possono essere toccate, come son quelle che consistono in un diritto, cioè l'eredità, l'usufrutto, l' uso, le obbligazioni in qualunque modo contratte. Nè per questo importa se le cose corporali si contengano nell'eredità, perciocchè anco i frutti che si colgono dal fondo son corporali, e quello che per qualche obbligazione ci è dovuto il più sovente è cosa corporale, come il fondo, l'uomo, il danaro, ma esso diritto dell' eredità, esso diritto di usare e fruir, ed esso diritto dell'obbligazione è incorporale.

Abbiamo di già nella nostra *Esposizione General. del dritto rom.* (n. 35, e 37 e qui sop. p. 214) sufficientemente esposto la divisione delle cose in corporali, ed incorporali, cioè di pura creazione giuridica: basterà di riportarsi a ciò che quivi ne abbiam detto.

Res corporales continentur. Non vi è niuna cosa incorporale, niun dritto, che in definitivo non cada su di un oggetto corporale. Così il diritto di usufrutto cade sul fondo, sullo schiavo, sul gregge, da cui si ritraggono i frutti; il diritto di credito, il diritto d' azione, sulla cosa che ci è dovuta, che reclamiamo in giudizio; similmente il diritto d'eredità, sui beni che il defunto aveva. Egli è vero che spesse volte qualcuno ha un diritto incorporale sopra un diritto incorporale, per esempio un diritto di legato sopra un credito, un diritto

(1) *Theop. Inst. 4, 14.*
(2) *Gai. 4. 145. e seg.*
(3) *Inst. 4. 6. §. 1.* (4) *Ivi §. 15.*
(5) *D. 6. 1, De rei vindicatione.*

d'azione sopra un usufrutto, ma sempre in ultim'analisi si giunge ad una cosa corporale, che è l'oggetto dell'ultimo diritto. Noi qui richiameremo alla mente ciò che abbiam detto qui sop. p. 227, che le cose incorporali non sono suscettive d'esser possedute, ma che per parecchie di esse si è ammesso un quasi possesso (*quasi possessio*), il quale consiste in due elementi: il fatto di avere in sua balia l'esercizio del diritto, e l'intenzione di esercitar questo diritto da padrone; dal che segue ch'esse non son capaci di *tradizione*, ma che vi è per esse in taluni casi una spezie di tradizione, la quale consiste nel dare e soffrire l'esercizio del diritto, e che generalmente si chiama *quasi tradizione.* (Ved. qui sopra p. 252.).

Quanto ai modi di acquistare i varî diritti, essi sono svariatissimi, e noi li esamineremo studiando ciascuno di questi diritti. Talvolta semplici fatti senza concorso di volontà, o anche senz'alcuna volontà dell'uomo, come un delitto, un danno; talvolta la sola convenzione, come nel caso di vendita, di affitto, bastano per creare de' diritti. Ma le cose incorporali, che sono smembramenti della proprietà, possono acquistarsi per la semplice convenzione, o si richiede necessariamente per esse, ad esempio delle cose corporali, che intervenga eziandio una quasi tradizione? Tratteremo questa importante quistione quando esamineremo cosiffatti diritti.

III. *Eodem numero sunt jura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur.*

3. E nel medesimo numero si mettono i diritti de' poderi rustici, ed urbani, i quali diritti si chiamano eziandio servitù.

Noi abbiam veduto che molti fra i diritti, i quali compongono il dominio possono separarsi l'uno dall'altro, ed appartenere, anche per frazioni, a diverse persone, tra le quali si reputa sempre *proprietario* colui che conserva l'elemento essenziale del dominio, cioè il diritto di disporre (qui sop. p. 225). Di qui derivano le servitù, che si chiamano *jura*, perchè consistono in certi diritti dati sulla cosa d'altrui, e *servitutes*, perchè questi diritti formano una spezie di soggezione per la cosa sottoposta alla servitù.

Questi diversi smembramenti del dominio possono esser fatti o pel vantaggio speciale d'una persona, alla quale sola appartiene il dritto che si è staccato dalla proprietà, come quando io do ad alcuno la facoltà di raccogliere i frutti del mio campo; o per crescere l'utilità, o il piacere che si ritrae dalla proprietà d'una cosa, alla quale il dritto è in certa guisa legato, come una qualità, per modo che esso passa insieme con la cosa alla disposizione di qualsivoglia possessore, come quando in favore del campo vicino vi do un diritto di passaggio sul mio fondo. Queste ultime servitù non possono aver luogo che tra gl'immobili, essendo indispensabili per la loro esistenza l'immobilità, e la relazione di vicinanza, o di situazione. Le prime servitù si chiamano personali (*personarum; personales*) (1); le seconde reali o prediali (*rerum*, *praediorum*): « *servitutes aut personarum sunt... aut rerum* » (2). Molti principî son comuni alle servitù tanto prediali, che personali.

Così tutte le servitù come di già abbiamo esposto nella nostra *Esposizione General. del dir. rom.* sono nel numero di que' diritti, che si son chiamati *diritti reali*, perciocchè tutti sono frammenti della proprietà. Questi sono de' diritti i quali, come quello della stessa proprietà ci appartengono per proprio conto fatta astrazione da qualsivoglia persona, e da qualsivoglia obbligazione individuale.

Egli è impossibile che un proprietario abbia una qualunque servitù sulla sua propria cosa; perciocchè s'egli ha i diritti di proprietà riuniti, è impossibile che n'abbia dei frammenti separati. Di qui è venuto l'adagio: *Nulli res sua servit* (3). E però in ogni servitù si trovano in concorrenza sulla cosa il proprietario, e quegli che gode della servitù. Ciascuno di loro può esercitare i diritti che gli appartengono rispettando quelli dell'altro.

Niuna servitù può astringere il proprietario della cosa a fare; perciocchè esse non sono che smembramenti del diritto di proprietà, e perderebbero questa natura, se divenissero obbligazioni. Ma esse impongono al proprietario il carico di soffrire, o di non fare. « *Servitutum non ea est natura ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur, vel non faciat* » (4).

È principio generale, e ben ragionevole, che non si possa stabilir servitù sopra una

(1) *Dig. 34. 3. 8. §. 3. f. Pomp.*
(2) *Dig. 8. 1. 1. f. Marcian.*
(3) *Dig. 8. 2, 26, f. Paul. — 8. 4. 10. f. Ulp.*

(4) *D. 8, 1, 15, § 1, f. Pomp.* — Alcuni autori danno per le servitù in generale questa definizione che per altro non si trova ne' testi, e che non è

servitù, « *servitus servitutis esse non potest*; » perciocchè le servitù sono delle frazioni immediatamonte staccate dal diritto di proprietà: or colui che ha questo smembramento della proprietà, non potrebbe gravarlo alla sua volta, senza alterare i diritti del proprietario. Nondimeno le convenzioni, o legati di tal fatta potrebbero far nascere delle obbligazioni, le quali quantunque non fossero servitù. non resterebbero però senza esecuzione (1).

In fine di già sappiamo che le servitù essendo incorporali, non possono esser possedute, ma che per la più parte di esse la giurisprudenza romana avea ammesso un *quasi possesso* risultante dall' esercizio del diritto unito all' intenzione di esercitarlo come padrone di esso diritto (quì sop. p. 252). Le servitù che son suscettive di così fatto quasi possesso son quelle che consistono in soffrire. Quanto a quelle che consistono in astenersi, in non fare, cioè in una pura negazione, queste non ammetton l'idea nè di possesso, nè di quasi possesso.

Le nozioni storiche, che abbiamo sulle servitù son poco estese. Non ci è pervenuto alcun frammento delle dodici Tavole, che abbia la menoma relazione con le servitù personali; alcuni scrittori pensano che la medesima cosa sia pure per le servitù prediali, talchè essi riguardano come dubbia l'esistenza, in quell'età, di questa spezie di diritti. Nondimeno la natura delle cose, ed alcuni passi di antichi autori rendono probabile questa esistenza, almeno per le servitù prediali (2). Checchè sia di ciò, questa materia era interamente svolta al tempo di Cicerone, e noi spiegheremo per le diverse spezie di servitù le modificazioni successive che furono introdotte nella legislazione.

TITULUS III.

DE SERVITUTIBUS PRAEDIORUM

TITOLO III.

DELLE SERVITÙ PREDIALI

Il testo quì tratta delle servitù reali. Esse si chiamano prediali, *servitutes praediorum*, perchè si applicano solamente agl'immobili. Per quest' immobili esse formano una certa maniera di essere; e sono in certa guisa delle qualità particolari che li sieguono nelle diverse mani in cui passano (3).

Queste spezie di servitù possono consistere o in soffrire, o in non fare. Avvertite che lo smembramento, che le costituisce, può cader sull' uno, o sull' altro degli elementi che compongono il diritto di proprietà; sul diritto di usare della cosa (sul *jus utendi*) come nella servitù di passaggio; sul diritto di prendere i frutti (sul *jus fruendi*); sul diritto di prendere de'prodotti che non sono frutti, o anche talune parti della cosa, come nella servitù di cavar sabbia, pietre, argilla, calce; da ultimo sul diritto di disporre della cosa (incompiutamente dinotato dall'espressione di *jus abutendi*), principalmente inceppando, o paralizzando più o meno questo diritto nelle mani del proprietario, come nella servitù di non piantare, non edificare, non elevare al di là di un limite determinato. Quest'ultima alterazione del dominio è la fonte principale delle servitù negative, cioè di quelle che consistono in non fare. Del resto qualunque servitù toglie necessariamente al proprietario il diritto di consumare, di distruggere, o di modificare la sua cosa in un modo nocivo alla servitù, e però essa altera sempre il *jus abutendi*. In somma il dominio dà sù di una cosa un pieno potere (*plenam in re potestatem*); la servitù può essere una frazione, uno smembramento, un' alterazione di una parte qualunque di questo potere.

Le servitù prediali son riguardate come indivisibili. Così non possono essere acquistate, esercitate, rivendicate, o perdute solamente in parte; se più persone son proprietarie del fondo, al quale la servitù è dovuta, ciascuna di esse ha il diritto di servirsene per intero (4). Questa indivisibilità non impedisce che il diritto non possa esser limitato nel suo uso o quanto al tempo o quanto al luogo, o quanto al modo (5); ed anche quando i fondi son divisi in diverse regioni, le servitù possono

---

scevra di inesattezze: « Un diritto stabilito sulla cosa d'altrui pel vantaggio d'una persona, o d' un altra cosa, per la quale il proprietario è obbligato di soffrire o non fare ».

(1) *D. 33. 2. 1. f. Paul.—8. 33. § 1, f. African.*

(2) Un frammento di Gaio (*D. 8, 3, 8*), dice che la larghezza della via era fissata dalla legge delle Dodici Tavole; Varrone dice lo stesso (*De lingua 6, 2*), ma si trattava della via pubblica, o della privata? Ved. Cicer. *Pro Caecina 19 e 26.* — Festo alla parola *Amsegetes.*

(3) *Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo (D. 50. 16. 86. f. Cels.).*

(4) *D. 8. 1. 11. f. Modest., 17. f. Pomp. — 8. 5. 4. §§. 3, e 4. f. Ulp. — 8. 4. 6. § 1.*

(5) *Dig. 8. 1. 4. §§. 1. e 2. f. Papin. e 5. §. 1. f. Gai. — Dig. 10. 3. 19. § 4. f. Paul.*

essere acquistate, o estinte separatamente per una, o più di queste regioni (1).

Esse si dividono in servitù di fondi rurali, o rustiche, e servitù di fondi urbani.

Egli è difficile, ed importantissimo di ben determinare in che consiste questa distinzione che è la sola la quale le leggi romane han fatta tra le servitù reali. E da prima bisogna fermare ciò che s'intende per fondo rustico, e fondo urbano. Quando non si tratta di altro che di conoscere la natura di esso immobile, non vi ha dubbio che chiamansi proprietà rustiche non solamente i campi, ma ancora gli edifizî che son fabbricati per la loro coltivazione; come chiamansi proprietà urbane non solamente gli edifizî della città, ma ancora le corti, ed i giardini che ne sono l' accessorio. Questa regola è positivamente espressa ne'testi (2); e dee ricevere la sua applicazione in tutte le quistioni di diritto, che dipendono dalla natura dell' immobile in se stesso, come quando si tratta de' privilegi conceduti al proprietario per garentia degli affitti, privilegi che variano secondo che si tratta di fondi urbani, o di fondi rustici (3). Ma è ben altrimente quando si tratta di valutare la natura delle servitù; allora in tutti i luoghi si dee distinguere il suolo dalla superficie, cioè il terreno dagli edifizî, e generalmente da tutto ciò che può elevarvisi al di sopra. Così il carattere delle servitù urbane ha relazione alla superficie, cioè a tutto ciò che si è fabbricato, o edificato al di sopra del suolo, in qualunque parte si trovi, in città, o in campagna; il carattere poi delle servitù rustiche ha relazione al suolo. Anche questa regola è positivamente scritta ne'testi (4). Per non averla ben conosciuta parecchi interpetri son caduti in gravi errori.

Ciò posto, si può dire, come fanno alcuni autori, che il fondo dominante, cioè quello pel quale esiste la servitù debba dare a questa servitù la sua qualità rustica, o urbana? No; perciocchè noi vediamo che il diritto di passaggio su di una prateria per andare ad una casa vicina, è una servitù di fondo rustico (5). Si può forse conchiudere da ciò che il fondo serviente le dia la sua qualità? Neppure; perciocchè noi vediamo eziandio che il diritto di fare scorrer le grondaie d'una casa sul campo vicino è una servitù di fondo urbano.

Come si dee dunque determinare se la servitù sia urbana, o rustica? Per la servitù medesima, per la natura che le è propria, la qual natura è invariabile, e non dipende (come sarebbe forza decidere ammettendo le precedenti interpetrazioni) dalla circostanza che i proprietari imprendano a edificare, o a demolire sull'uno, o sull'altro dei fondi. La soluzione più chiara che possa desiderarsi della quistione ci è data da questo frammento di Paolo inserito nel Digesto: « *Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt* » (6). Vale a dire che vi sono delle servitù le quali prendono la loro esistenza, il loro elemento essenziale e costitutivo, la loro consistenza, per usare la parola romana, nell' idea di suolo (*in solo consistunt*), indipendentemente da qualsivoglia fabbrica, piantagione, edifizio, o soprapponimento qualunque, cose accessorie che possono incontrarsi, o no sui fondi, senza cambiare la natura di queste servitù: tali sono quelle di passaggio, di pascolo, etc. Ve ne ha per contrario delle altre, che prendono il loro elemento essenziale e costitutivo, la loro consistenza, nell'idea di superficie, cioè d'un soprapponimento qualunque sul suolo, idea indispensabile perchè esse esistano (*in superficie consistunt*): tali son quelle di lume, di veduta, di gronda, etc. Le prime son servitù rustiche, le seconde urbane. Notate che queste ultime possono esistere anche senza che vi abbia alcuna fabbrica nè sull' uno, nè sull' altro fondo, per esempio nella servitù in favore del mio campo, che voi non fabbricherete sul vostro, non vi è affatto edifizio; ma l'idea negativa di edifizio, di superficie forma l'elemento costitutivo, la consistenza della servitù (7).

---

(1) *Dig. 8. 3. 28. §. 3. f. Paul. e 25. f. Pomp.* — *8. 6. 6. § 1. f. Cels.* — Esse possono anche in certi casi ritenersi in parte. *Dig. 8. 1. 8. §. 1. f. Paul.*

(2) *D. 50, 16, 198, f. Ulp. e 211, f. Florent.*

(3) *D. 20, 2, 4, e 7, §. 1. — 27, 9, 1.*

(4) *Caeterum etsi in villa aedificia sint, aeque servitutes urbanorum praediorum constitui possunt. (D. 8, 4, 1, f. Ulp.)*

(5) Un somigliante errore ha portato nel nostro codice civile l'articolo 687 (*Leggi civili art. 608*) con la sua distinzione di servitù urbane, e rustiche, la quale, come ivi è stata intesa, è rimasta senza alcuna spezie di possibile utilità, mentre ne avea tanta nel diritto romano.

(6) *Dig. 8, 1, 3, frag. Paul.* Vedete intorno a ciò Vinnio nel suo *Comentario delle Instituzioni* al § 1.°, che or ora seguirà; quest' autore vi stabilisce ragionevolmente, che la stessa servitù non può cangiar di natura, secondo che si edifica o no sul fondo dominante, e che in conseguenza bisogna intendere per servitù rustiche quelle che consistono *in superficie*.

(7) Così il diritto di condurre l' acqua sul suolo sarebbe rustica, ma sopra un edifizio, sarebbe urbana. Così viene eziandio deciso dalla legge *(D. 6, 2, 11, §. 1, f. Ulp.)* La lettura della *legge 20 Dig. lib. 8, tit. 2*, finirà di dimostrare che le

Qual'è in diritto l' utilità di cosiffatta distinzione tra le servitù? Questa utilità viene eziandio dalla loro natura. Le servitù urbane, o che consistono in superficie, offrono per la loro medesima natura un carattere di continuità, che la più parte delle servitù rustiche, le quali consistono nel suolo, non hanno; così la mia trave che si appoggia sul vostro muro, la mia gronda che pende sul vostro terreno, la mia finestra che riesce nella vostra corte, son sempre là; mentrechè le servitù di passaggio, di pascolare han bisogno del fatto dell' uomo, e per conseguenza si esercitano per intervalli discontinui; « *Servitutes praediorum rusticorum... tales sunt ut non habeant certam continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur* ». Di quì provengono le differenze legali, della più grave importanza tra il quasi possesso di queste servitù, e la maniera di perderle pel non uso (1).

Un altra differenza anche importante era altresì nell'antico diritto: le servitù rustiche, benchè cose incorporali, per un'eccezione particolare erano state poste tra le cose *mancipi*, ed in conseguenza potevano essere acquistate per la mancipazione, mentre le servitù urbane erano cose *nec mancipi*, e non suscettive di mancipazione (pag. 28 e 212) (2). Ma questo è totalmente abolito sotto Giustiniano.

I romani non avean fatto le distinzioni assai più ragionevoli, e più utili, che si trovano nella nostra legislazione moderna tra le servitù *apparenti*, *e non apparenti*, *continue*, *e discontinue*. Nondimeno da ciò che ora abbiam detto si vede che la divisione in servitù *urbane*, e *rustiche* si riferiva presso a poco a quella delle servitù *continue* e *discontinue*, quantunque ciò non fosse formalmente espresso.

* ***Rusticorum praediorum jura sunt haec*** : Iter, actus, via, ***aquaeductus. Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum : itaque qui habet iter, actum non habet; qui actum habet, et iter habet, eoque uti potest etiam sine jumento. Via est jus eundi, et agendi, et ambulandi, nam et iter, et actum in se continet via. Aquaeductus est jus aquas ducendae per fundum alienum.***

Le servirù de' poderi rusticani son queste : il *passaggio*, la *condotta*, la *via*, l'acquedotto. Il passaggio è il diritto dell' uomo di andare, e passeggiar, ma non di menar giumento, o carretta. La condotta è il diritto di menar giumento o carretta; laonde chi ha la condotta ha il passaggio, perciocchè egli ne può anco usare senza giumento. La via è il diritto dell' uomo d' andare, condurre, e passeggiare, perciocchè la via contiene in se il passaggio, e la condotta. L'acquedotto è il diritto di condurre l'acqua per l'altrui fondo.

Iter, *actus*, *via*. Si dee ben determinare la differenza tra queste tre servitù.

Nell'*iter* lo scopo essenziale è di passare (*eundi gratia*); per altro ciò si può fare a piedi, in lettiga, o a cavallo (3).

Nell'*actus* lo scopo essenziale è di condurre (*agendi gratia*). Secondo la legge vi è compreso il diritto di passare. Ma fuori di questo non compete alcun altro diritto. Così alcuno non si potrebbe trar dietro delle pietre, o delle travi, nè portare delle picche alzate (*hastam rectam*), perciocchè atti di tal natura non sarebbero fatti nello scopo nè di passare, nè di condurre (4) (*neque eundi*, *neque agendi gratia*).

Il diritto di condurre si estende secondo la legge tanto al bestiame, quanto alle vetture, ma si potrebbe convenire per esempio che non vi dovesser passare le vetture (5). Similmente l'*actus* legale comprende sempre l'*iter*, ma si potrebbe convenire che non sia permesso di passare se non per condurre (6).

Nella *via* lo scopo essenziale è di passare, di condurre, e di usare del cammino per tutti gli usi propri, senza far danno nè alle piante, nè ai frutti (7). Se manca uno di questi diritti, non si ha più il *jus viae*, ma un'altra servitù.

---

parole: *servitutes quae in superficie consistunt*, e *servitutes praediorum urbanorum*, son sinonime.

(1) *Dig. 8, 1, 14, pr. f. Ulp. 8. 2. 6. f. Gaio, 8, 2, 20, pr. f. Paul.*: « *Servitutes quae in superficie consistunt, possessione retinentur.*

(2) *Ulp. Reg. 19, 1, — Gai. 2, 47.*

(3) *Iter est qua quis pedes, vel eques commeare potest (Dig. 8, 3, 12, f. Modest.)*

(4) *D. 8, 3, 7, f. Ulp.*

(5) *D. 8, 1, 13, f. Pomp.*

(6) « *Qui... actum sine itinere habet, actione de servitute utetur* ». *(D. 8, 5, 4, §. 1, f. Ulp.)* Nondimeno a quest'ultima proposizione potrebbesi opporre il seguente frammento : « *Nunquam actus sine itinere esse potest* » *(D. 34, 4, 1, f. Paul.)*. E forse si potrebbe conchiudere, che secondo taluni giureconsulti nell' *actus* il diritto di passare, e quello di condurre doveano essenzialmente esser riuniti. Talchè se stipulavasi soltanto il diritto di condurre, si stabiliva veramente una servitù; ma particolare, che non era l'*actus* della legge.

(7) La legge seguente riunisce le spiegazioni essenziali, che noi ora abbiam date: « *Qui sella, aut lectica vehitur, ire, non agere dicitur... Qui actum habet, et plaustrum ducere, et jumenta agere potest. Sed trahendi lapidem, aut tignum neutri eorum jus est. Quidam nec hastam rectam ei fer-*

La larghezza della via è fissata dalla legge; essa è di otto piedi, e nelle girate di sedici (1). Si può convenire d'una larghezza più o meno grande, purchè basti all'esercizio di tutt' i diritti, che formano l'essenza della via (2). Ma se il cammino abbastanza largo pel passaggio del bestiame fosse troppo stretto per quello delle vetture, non si avrebbe diritto di via, ma sì bene di *actus*.

La larghezza pel passaggio o per la condotta non è fissata dalla legge. Le parti debbono determinarla nel titolo, altrimente sarà regolata da un arbitro (3). Se sotto il nome di *via* o di *actus* si fosse stabilito un cammino così stretto che non potesse servire nè al bestiame, nè alle vetture, questo sarebbe *iter* e non *actus* (4).

La servitù *navigandi*, che dà il diritto di traversare il lago, lo stagno, o le acque altrui, per andare al proprio fondo è anch'essa una servitù rustica, che ha qualche analogia, nel suo scopo, con le precedenti (5).

I. *Praediorum urbanorum servitutes sunt hae quae aedificiis inhaerent; ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia omnia, urbana praedia appellamus, etsi in villa aedificata sint. Item urbanorum praediorum servitutes sunt hae: ut vicinus* onera vicini sustineat; *ut in parietem ejus liceat vicino* tignum immittere; *ut stillicidium vel flumen recipiat quis in aedes suas, vel in aream, vel incloacam, vel* non recipiat: *et ne altius* tollat *aedes suas, ne luminibus vicini officiat.*

1. Le servitù de' poderi urbani son quelle che son inerenti agli edifizi, e però son dette de' poderi urbani, perciocchè noi chiamiamo tutti gli edifizi poderi urbani, benchè siano edificati in villa. Inoltre le servitù de' poderi urbani son queste. Che il vicino sostenga il peso dell'altro vicino, che sia lecito all'un vicino appoggiar le travamenta ai muri dell'altro vicino, ch'egli riceva nelle sue case o nella corte, o nella cloaca l'acqua delle gronde, o de' canali, ovvero che non la riceva, che alcuno non alzi tanto le sue case, che noccia al lume delle altrui finestre.

Tutte le servitù, che il testo enumera, prendono la loro esistenza nell'idea indispensabile di edifizio, di fabbrica, o soprapponimento qualunque sul suolo, e per conseguenza in *superficie consistunt*. Si può notare che tutte son continue.

Onera vicini sustineat. Questa servitù consiste in ciò, che la colonna, o il muro del vicino (*columna vel paries*) sostiene il peso dell'edifizio dominante. Essa ha questo di notabile, che il proprietario della colonna o del muro di sostegno è tenuto alle riparazioni, il che è contrario alla regola che le servitù mai non consistono nel fare. Questa eccezione pare esser venuta, come si può vedere da un frammento di Paolo, dall'uso che si avea nello stabilir la servitù *oneris ferendi*, di aggiugnere questa legge: *Paries oneri ferendo, uti nunc est, ita sit.* (il muro di sostegno resti sempre nello stato in cui è adesso), il che non poteva significar altro, aggiunge il giureconsulto, se non che il muro dovea esser mantenuto nel suo stato attuale (6). Nondimeno su di ciò vi era stata molta controversia. Gallo non credeva esser lecito inserire una clausola che producesse quest'effetto. Ma l'avviso di Servio nella spezie particolare della servitù *oneris ferendi* era prevaluto. Del rimanente, come avvertiva Labeone, il carico delle riparazioni gravava la cosa, e non la persona, e però il proprietario poteva liberarsene abbandonando il fondo serviente (7).

Tignum immittere. Questa servitù differisce dalla precedente in ciò che non dà il diritto di costringere alle riparazioni il vicino, il quale è solamente tenuto di sostenere il peso (8).

Vel non recipiat. S'intende per *stillicidium* l'acqua che naturalmente scorre da un tetto, per *flumen* quella che è raccolta, e versata per un canale. Si distingue la servitù *stillicidii recipiendi*, e quella *stillicidii non recipiendi*. La prima è facile a comprendere, la seconda ha dato luogo a parecchie interpretazioni. La più generalmente ricevuta consiste nel dire che vi sarebbe servitù *stillicidii non recipiendi* nei luoghi in cui essendo per gli statuti locali stabilita, come diritto comune, l'obbliga-

---

re licere, quia neque eundi, neque agendi gratia id faceret. Qui viam habent eundi, agendique jus habent plerique, et trahendi quoque, et rectam hastam referendi, si modo fructus non laedant» (D. 8, 3, 7, f. Ulp.)

(1) « *Viae latitudo ex lege Duodecim Tabularum in porrectum octo pedes habet; in anfractum id est ubi flexum est, sedecim* » (D. 8, 3, 8, f. Gai.) Questa larghezza spesso è chiamata *legitima*. Nondimeno gli autori che non ammettono le servitù al tempo delle Dodici Tavole, mettono in dubbio che in queste Tavole la disposizione, della quale parla Gaio, fosse relativa ai diritti di via dei particolari.

(2) *Dig. 8, 3, 23, f. Paul.*

(3) *Dig. 8, 3, 13, §. 2, f. Jav.*

(4) « *Si tam angusti loci demonstratione facta, » via concessa fuerit, ut neque vehiculum, neque » jumentum ea inire possit, iter magis quam via, » aut actus acquisitus videbitur. Sed si jumentum » ea duci poterit, non etiam vehiculum, actus » videbitur acquisitus* ». (Dig. 8, 1, 13, frag. Pomp.).

(5) *Dig. 8. 3. 23. §. 1. f. Paul.*

(6) *D. 8. 2. 33. f. Paul.*

(7) *D. 8. 5. 6. §. 2.*

(8) *D. 8, 5, 8, §, 2, f, Ulp.*

zione di ricevere l'acqua che scorre da' tetti superiori, si acquistasse dal vicino il diritto di non riceverla. Del resto pare che questa servitù, qualunque essa fosse, non era molto in uso; perciocchè non se ne parla che in questo solo passo delle Istituzioni, quantunque molti frammenti del Digesto sieno relativi alla servitù *stillicidii recipiendi* (1).

Ne altius tollat. Anche quì si distingue la servitù *altius non tollendi*, e quella *altius tollendi*. Quest' ultima, della quale si parla iu alcuni frammenti del Digesto, e nell' ultimo libro delle Istituzioni (2), ha, del pari che la servitù *stillicidii non recipiendi*, dato luogo a parecchie interpetrazioni, delle quali la più generalmente adottata si fonda sulla differenza degli statuti locali. In fatti ciascuno per regola generale può elevare il suo edifizio tanto in alto, quanto a lui piace, quando anche il vicino ne dovesse soffrire; questo principio è espresso ne' testi (3); non pertanto qualche legge speciale, qualche statuto locale potrebbe nell' interesse de' vicini prescrivere un limite all'altezza delle fabbriche: per oltrepassare questo limite bisognerebbe acquistare dai vicini la servitù *altius tollendi* (4).

Del resto la proibizione d'innalzare (*altius non tollendi*) potrebbe applicarsi non solamente ad un edifizio, ma ad ogni fabbrica, o soprapponimento qualunque sul suolo: ed anche in questo caso sarebbe sempre una servitù urbana.

Ne luminibus officiat. A riguardo del lume due servitù possono aver luogo. *Jus luminum, et ne luminibus officiatur*. La servitù *luminum* ha luogo, secondo alcuni comentatori, quando noi costringiamo il vicino a lasciarci aprire delle finestre nel suo muro, o nel muro comune; secondo altri essa esiste ogni volta che il vicino è obbligato di soffrire le nostre finestre, o che siano aperte nel suo muro, o nel nostro. La servitù *ne luminibus officiatur* impedisce che il vicino faccia alcuna cosa che noccia al lume delle nostre finestre: cosicchè l'una è più estesa dell'altra: nella servitù *luminum* basta che il vicino lasci sussistere le nostre finestre; nella servitù *ne luminibus officiatur*, non può nuocere al lume nè per piantagioni, nè per fabbriche, nè per altre opere qualunque che egli faccia (5).

Non parleremo di parecchie altre servitù urbane, di cui le Istituzioni non fanno parola: *Jus prospectus*; *ne prospectui officiatur*; *projiciendi*; *protegendi*; *fumi immittendi*, etc.

II. *In rusticorum praediorum servitutes quidam computari recte putant aquae haustum, pecoris ad aquam adpulsum, jus pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae.*

2. Sono alcuni, che a ragione pensano che tra le servitù de' poderi urbani si possa computare il trar l'acqua dal fondo altrui, abbeverare, e pascere il bestiame, cuocere la calcina, e cavar l'arena.

III. *Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani, vel rustici praedii, nisi qui habet praedium.*

3. E queste cosiffatte servitù son chiamate dei poderi, perchè non possono stare senza poderi. Infatti niuno può acquistare servitù di fondo o urbano o rustico, se non chi ha un podere.

Dopo aver parlato della natura delle servitù prediali, e delle loro differenti spezie ora passiamo a ciò che è indispensabile alla loro esistenza.

---

(1) Ecco lo spiegazione di Teofilo (*hoc* §.) « O tu avevi sul mio fondo un somigliante diritto, ed io ti ho obbligato a non più versare sulla mia casa, o sul mio terreno l'acqua del tuo tetto, o delle tue gronde ». — In fine alcuni autori intendono per la servitù *stillicidii non recipiendi* il diritto, pel quale volendo profittare dell'acqua piovana, io obbligassi il vicino a non ritener quella del suo tetto, ma a rimettermela.

(2) *D. 8, 2, 2, f, Gai,— Inst. Justin. 4, 6*, §, *2*,

(3) *D. 8. 2. 9. f. Ulp.— Cod. 3. 34. const. 8. e 9. Diocl. e Massim.*

(4) Egli è certo che parecchie costituzioni sono state pubblicate dagli imperadori sul modo di costruzione, e sull' altezza degli edifizi. Gli storici, ed i giureconsulti ne fanno testimonianza. Strabon. (*cap. V.*) e Svetonio (*In Augusto* §. *89,*) lo attestano di Augusto; Tacito (*Annal. lib. 15*, §. *43*), di Nerone; un frammento d'Ulpiano (*Dig. 39, 1, 1*, §. *17,*) ci parla di costituzioni imperiali su questo soggetto; in fine il Codice ci offre de' Rescritti di Severo, ed Antonino (*Cod. 8, 10, 1.*), e di Zenone (*Ivi 12*, §. *1*, *e 2,*). Senza dubbio le regole di quelli statuti che aveano per iscopo la sicurezza pubblica, non potevano esser trasgredite in forza di private convenzioni; ma non dovea esser lo stesso per quelle che aveano per iscopo la utilità de' vicini. Alcuni comentatori fanno consistere la servitù *altius tollendi* nel diritto di costringere il vicino ad elevare più alto, sia per garentirci dal vento, sia per qualsivoglia altra utilità; taluni altri nel diritto d'innalzare dolle fabbriche superiori sulla casa del vicino. Ma la prima spiegazione contraria alla natura delle servitù è smentita dalla legge 15, §.1. (*Dig. 8, 1*); la seconda più ingegnosa è egualmente smentita dalla legge *1. Dig. 82*, e dal §. *2*, Istituzioni *lib. 4*, *tit. 6*.

(5) *Dig. 8. 2. leggi 4. 40. 15. 17.* §. *1.*, *etc.*

Si richiedono necessariamente due fondi, l'uno sul quale, l'altro a favore del quale sia stabilita la servitù. Ma è necessario che questi fondi sieno vicini? Generalmente sì. La qual cosa si ha tuttavia da intendere di una vicinanza sufficiente, perchè si possa esercitare la servitù. Così le servitù *immittendi*, *protegendi*, etc. richiedono che i due fondi sieno contigui, ma non è lo stesso delle servitù *itineris*, *aquaeductus*, *altius non tollendi*, etc. (1).

La servitù debb'essere di qualche utilità, o abbellimento al fondo dominante. Così il mio fondo non può avere sul vostro una servitù di passaggio, se ne sia separato da un terreno intermedio che non si può attraversare (2). Parimente se la mia casa ha sulla vostra una servitù *altius non tollendi*, ed intanto tra l'una e l'altra si elevino delle fabbriche, che ne impediscono reciprocamente la vista, voi riacquistate la libertà di edificare (3). Per una ragione somigliante non sarebbe possibile d'imporre come servitù ad un fondo, che il proprietario mai non vi dovesse andare, nè raccogliere i frutti, perciocchè questo non gioverebbe per nulla al fondo dominante (4). Noi vediamo anche nel Digesto, che se io stipulassi a mio favore il diritto di andare a passeggiare, o a desinare sulla vostra proprietà, questo sarebbe un diritto personale, non una servitù prediale (5).

Da ultimo si richiede che le servitù abbiano una causa perpetua. Di quì si conchiudeva non potersi stabilire per esempio una servitù d'acquedotto quando si debba trar l'acqua da una cisterna, da uno stagno, o altro luogo che non contenga acqua viva e perpetua (6); nè una servitù di passaggio sopra un fondo dal quale si era separato per un fiume non guadabile, e senza ponte; perciocchè i battelli non sono un mezzo permanente di trasporto (7). Ma a questa regola alquanto sottile si facevano talvolta delle eccezioni (8).

IV. *Si quis velit vicino aliquod* jus constituere, pactionibus atque stipulationibus *id efficere debet. Potest etiam* in testamento *quis heredem suum damnare ne altius tollat aedes suas, ne luminibus aedium vicini officiat; vel ut patiatur eum tignum in parietem immittere, vel stillicidium habere; vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere.*

4. Se alcuno vorrà imporre qualche servitù al vicino, lo debbe fare con patti, e con stipulazioni. E può eziandio imporre nel suo testamento all' erede, che non alzi più le sue case, acciocchè non noccia al lume delle case del vicino, o ch'egli sopporti che nel suo muro sia messa l'altrui trave, che soffra lo stillicidio, o che il suo vicino vada, o agisca pel suo fondo, e ne cavi l'acqua.

Eccoci ai modi come si stabiliscono le servitù prediali. Il testo indica come modi di stabilirle i patti, le stipulazioni, o i testamenti; bisogna aggiungervi due altri modi che han luogo in certi casi: l'uso, e l'aggiudicazione.

Innanzi di percorrere questi diversi modi è importante che ben si comprenda la differenza tra il caso, in cui la servitù è acquistata ed esiste come diritto reale, e quello, in cui non v'è ancora che un diritto di credito, un diritto di azione contro il proprietario, per costringerlo a stabilire la servitù in adempimento dell'obbligazione che glien'è imposta. Nel primo caso vi è veramente servitù, diritto reale; nel secondo vi è soltanto un'obbligazione. I modi indicati dal testo fanno acquistare la servitù, la stabiliscono come diritto reale, ovvero danno solamente il diritto di costringere a stabilirla? Di questo ci dovremo intrattenere per ciascun d'essi modi.

Noi nelle nostre spiegazioni ci riporteremo all' epoca, ed al sistema legislativo di Giustiniano, in cui i modi civili di acquistare dell'antico diritto, la *mancipatio*, l'*in jure cessio*, non esistono più, in cui la tradizione è divenuta per tutte le cose corporali un mezzo di trasferirne la proprietà, ed in cui tutto il suolo dell' impero partecipa allo stesso diritto, senza distinzione tra il suolo italico, ed il suolo provinciale. In quanto a ciò che si appartiene allo stato anteriore del diritto civile, porremo in nota le nostre spiegazioni.

Jus constituere. Potrebbe per queste parole parer troncata ogni difficoltà, se dinotassero necessariamente la formazione, lo stabilimento delle servitù come diritto reale, ma noi le troviamo, anche sotto l'impero del diritto antico, usate indifferentemente da Gaio per un caso, nel quale indubitatamente non vi era che semplice obbligazione (9). Esse dunque lasciano intera la quistione.

(1) *D. 8. 3. 5. §. 1. f. Ulp.—D. 8. 2. 1. f. Paul.*
(2) *D. 8. 1. 14. §. 2. f. Ulp. —39. 3. 17. §. 2. e seg. f. Paul.*
(3) *D. 8. 2. leggi 38 e 39 f. Paul.—D. 8. 5. 5, f. Paul.*
(4) *D. 8. 1. 15. f. Pomp.*
(5) *D. 8. 1. 8. f. Paul.*
(6) *D. 8. 2, 28. f. Paul.— 43. 22. 1. §. 4. f. Ulp.*
(7) *D. 8, 3, 38, f. Paul.*
(8) *D. 8. 3. 9. f. Paul.*
(9) *Dig. 7. 1. 3. pr. f. Gai.*

Pactionibus, *atque stipulationibus*. Teofilo nella sua parafrasi spiega lo stabilimento delle servitù per patti, e stipulazioni nel seguente modo: egli non ne fa due modi distinti, de' quali o l' uno o l' altro si potesse adoperare; ma due modi che concorrono insieme (*pactionibus atque stipulationibus*, dice il testo, e non *pactionibus*, *vel stipulationibus*). Egli suppone che noi proprietarî di fondi vicini conveniamo di stabilire una servitù sull'uno in favore dell'altro, e che per sanzionare questo patto, questa convenzione, ricorriamo ad una stipulazione: « Prometti tu di soffrire la tal servitù? Lo prometto ». Per maggior sicurezza, Teofilo aggiugne nel suo esempio una clausola penale: « E se tu vi poni ostacolo, prometti di pagarmi cento soldi d'oro a titolo di pena? » (1) Così il patto e la stipulazione non escono quì dagli effetti ordinarî de' contratti; essi producono una obbligazione. La servitù è dovuta da colui che l'ha promessa: egli è obbligato sotto clausola penale di stabilirla, di soffrirne l'esercizio; e colui al quale la servitù è dovuta ha per costringervelo l'azione personale prodotta dalla stipulazione, ma la servitù non è ancora stabilita, non esiste come diritto reale. Il patto e la stipulazione, impotenti a dare per se medesimi il diritto di proprietà, non possono neppur dare una frazione, uno smembramento di questo diritto.

Ma perchè cumulare in questo modo il patto (convenzione per se stessa non obbligatoria) con la stipulazione di una somma a titolo di pena? La ragione è che queste espressioni *pactis* e *stipulationibus* tolte dalle Istituta di Gaio si applicavano presso quell'autore al suolo provinciale, pel quale non poteva esistere realmente nè proprietà, nè servitù. Si cercava dunque un modo indiretto di ottenere questo risultamento. La convenzione, o anche la stipulazione diretta della servitù non produceva rigorosamente alcun legame giuridico; essa serviva soltanto a regolar tra le parti la natura, e le condizioni della servitù da stabilire; ma aggiungendo a questa la stipulazione di una somma (oggetto a riguardo del quale la stipulazione era perfettamente valida), pel caso in cui si mettesse ostacolo all'esercizio della servitù, il legame giuridico si formava. (Ved. un procedimento analogo Ins. 3. 19. §. 19.). Del resto sotto Giustiniano, abolita la differenza tra il suolo italico, ed il suolo provinciale, quest'interesse non esiste più nel medesimo grado. La clausola penale v'interviene solamente come una spezie di sanzione.

Di più vi ha dei testi che ci presentano delle servitù dovute in forza d'una semplice convenzione, quando questa convenzione forma una vendita; come sarebbe a dire quando io compro da voi a profitto della mia casa una servitù di passaggio, di stillicidio etc: Ma taluni giureconsulti consigliavano di richiedere in questo caso da chi vendeva la servitù, la sicurtà che egli non metterebbe ostacolo al suo esercizio. In questo caso, come nel precedente la vendita obbliga, ma non stabilisce il diritto reale; la sicurtà, che i giureconsulti consigliano di richiedere dal venditore, è una garentia per assicurarsi, ch'egli adempirà la sua obbligazione, cioè che soffrirà l'esercizio della servitù, che egli stabilirà come diritto reale, come smembramento della proprietà (2).

In fine i patti s' incontrano anche come mezzi di stabilire le servitù ne' due casi principali che seguono: se io proprietario di due immobili ve ne do uno in proprietà per qualsivoglia causa, possiamo convenire ed inserire nella tradizione questa clausola, questo patto; che l'immobile che io vi rilascio dovrà la *tale* servitù a quello che ritengo, o reciprocamente che quest' ultimo dovrà la *tale* servitù a quello che vi do (3). Nel primo caso vi ha riserva della servitù a mio favore (*servitutem excipere*, *recipere*); nel secondo si da a voi la servitù. In questo caso, almeno all'epoca di Giustiniano in cui la mancipazione non è più necessaria in alcun caso, la servitù è stabilita come diritto reale per effetto della tradizione, perciocchè la proprietà stessa è stata trasferita con questo smembramento, o aumento. Noi avremmo potuto egualmente metter l' uno o l' altro di questi patti nel contratto di vendita, ma la servitù non sarebbe ancora estinta, ed anche se la tradizione fosse stata fatta, senza rinnovare il patto, quella tra le parti a cui la servitù era dovuta avrebbe avuto soltanto l'azione *venditi empti*, o la *conditio incerti* per richiederne lo stabilimento (4).

Testamento. Le servitù si potevano stabilire per testamento; o imponendo all' erede di soffrirle, com' è nel testo, o legando direttamente la servitù al vicino (5).

(1) *Theoph. Paraph. hoc.* §.
(2) *D. 8. 1. 20. f. Javol.—8. 3. 16. f. Jul. — 19. 1. 3. §. 2. Pomp.*
(3) *D. 8. 2. 34. f. Jul. 8. 4. 3. f. Gai. — In f. 6. Ulp.* (4) *D. 8. 2. 35. f. Marcian.*
(5) *D. 33. 3. De servitute legata.*

All'epoca di Giustiniano non vi ha più differenza tra questi due modi; sì l'uno come l'altro stabiliscono la servitù come diritto reale. Giacchè il legato trasferisce la proprietà, ne trasferisce pure gli smembramenti. Reciprocamente vi era un modo di riservare sopre un fondo lasciato in legato talune servitù a profitto di altri fondi ereditarî (1).

Potevano le servitù acquistarsi per l'uso? Pare che l'*usucapione* civile fu primitivamente applicata, non si sa come, alle servitù, ma di poi abolita da una legge *Scribonia*, di cui alcuni contrastano l'esistenza, e che altri riportano al 720 sotto il triumvirato d'Antonio, d'Ottavio, e di Lepido (2). Checchè ne sia, tutti i giureconsulti posteriori frequentemente ci ripetono che le servitù sì urbane, e sì rustiche non son suscettive di *usucapione (usucapionem non recipiunt)* (3). Ma intervennero i pretori, i presidenti, e diedero in certi casi delle azioni utili, degl'interdetti (*utilem actionem*, *interdictum*) per proteggere i diritti di coloro che da gran tempo godevano di certe servitù, e le costituzioni imperiali confermarono questa giurisdizione. Quì si mostra l'importanza che abbiamo accennata quì sopra (p. 262) della distinzione delle servitù in rustiche ed urbane. Queste ultime, come il *jus immittendi*, *oneris ferendi*, *stillicidii*, *luminum*, etc. (*quae in superficie consistunt*), offrendo un carattere di continuità, sono in generale quelle che si possono acquistar per lungo uso: « *Servitutes, quae in superficie consistunt possessione retinentur* » (4); ma non è a dirsi lo stesso delle servitù rustichè (*in solo*). Nondimeno si trova nel Codice di Teodosio, nel Digesto, e nel Codice di Giustiniano buon numero di passi, che provano essersi avuta una special cura di confermare i diritti d'attinger acqua stabiliti da lungo uso (5). Alcuni frammenti dicono anche che il pretore dava l'interdetto *de itinere actuque privato* pe'diritti di passaggio, de' quali si avea un lungo possesso (6). Del rimanente niun testo richiede che il possesso sia fondato sopra una giusta causa; basta che non sia nè violento, nè clandestino, nè precario (*nec vi*, *nec clam*, *nec precario*). Parimenti nulla dimostra che il tempo del possesso fosse fissato; ciò dovea dipender dalla valutazione delle circostanze, e dalla natura delle servitù; tutt'i testi che noi abbiam citati si servono delle frasi *longa consuetudo*, *longa quasi-possessio*, *usus vetustas*; ed una legge relativa all'aquidotto parla di un uso *cujus origo memoriam excessit*. È quistione molto controversa se questo tempo, prima di Giustiniano, o da lui medesimo sia stato fissato a dieci anni tra i presenti, e venti anni tra gli assenti, come per la prescrizione delle cose immobili (7). Se si ammette che la prescrizione per dieci, o venti anni d'uso sia stata così estesa all'acquisto delle servitù prediali ad esempio di quella delle cose immobili; sia da Antonino (sulla fede della Costituzione 2. del Codice lib. 3. tit. 34), sia da Giustiniano (sulla fede della Costituzione 12. del Codice lib. 7. tit. 33), è forza dire che in questo caso le condizioni necessarie per siffatta prescrizione debbano trovarsi riunite, e che quindi oltre l'uso e la buona fede, bisogna che questa buona fede sia appoggiata sopra una giusta causa d'acquisto (8).

Infine l'aggiudicazione è altresì un modo di costituire le servitù. Essa ha luogo allorchè nell'azione di divisione di un'eredità (*familiae erciscundae*), o d'una cosa comune (*communi dividundo*) il giudice aggiudicando a ciascuno la sua parte, stabilisce sopra un fondo, o sopra una parte di un fondo una servitù a profitto di un altro (9). L'aggiudicazione che trasferisce la proprietà, ne trasferisce eziandio gli smembramenti, e stabilisce la servitù come diritto reale.

In somma all'epoca di Giustiniano i *patti* inseriti nella *tradizione* di uno de' fondi, il

(1) *D. 7, 1, 19, f. Pomp.* il cui senso è ben difficile a comprendere; esso si riferisce al legato fatto *per vindicationem*, perchè al tempo di questo giureconsulto, se si fosse trattato di un legato fatto *per damnationem*, che non trasferiva la proprietà, la riserva della servitù sarebbe stata ben facile; l'erede avrebbe potuto farla mancipando l'immobile al legatario.

(2) *Eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat* (D. 41, 3, 4, §. 29, f. Paul.) Non conosciamo altro passo che abbia relazione con questa legge.

(3) *D. 8, 1, 14, §. 1, f. Ulp. — 41, 1, 43, f. Gai. — 41, 3, 10, §. 1, f. Ulp.*

(4) *D. 8, 2, 20, f. Paul. — Cod. 3, 34, 1, Anton.*

(5) *Cod. Theod. 15, 2, 6, Arcad. Honor. Dig. 8, 5, 10, f. Ulp. — 39, 3, 26, f. Scaev. —43, 20, 3, §. 1, f. Pomp. — 39, 3, 1, §. 23, f. Ulp. — Cod. 3, 34, 2, const. Ant.*

(6) *Dig. 8, 6, 25, f. Paul.—43, 19, 5, §. 3.*

(7) L'affermativa è sostenuta da una costituzione attribuita ad Antonino (*Cod. Justin. 3. 34.2.*). e da una costituzione di Giustiniano (*Cod. 7. 33. 12. in fin.*) La prima soprattutto può avere qualche autorità.

(8) «*Ut bono initio possessionem tenentis*» dice la costituzione 12, quella di Giustiniano — Vedi qui appresso *tit. 6. §. 10.*

(9) *D. 10, 2. 22. § 3. — 10, 3, 7. §. 1. f. Ulp.*

legato senza alcuna distinzione di forma, *il lungo uso e l'aggiudicazione* stabilivano le servitù come diritti reali. Ed in questo modo le servitù tanto negative che positive possono esistere immediatamente prima di qualsivoglia esercizio, e senza alcuna quasi tradizione. Il dubbio può solo nascere in quanto ai patti ed alle stipulazioni ed in generale ai contratti. In un' opinione si dice che il semplice patto indipendentemente anche da qualunque forma e stipulazione, e quasi tradizione stabiliva immediatamente un diritto reale di servitù, come stabiliva un diritto reale d' ipoteca. Noi adottiamo l' opinione contraria, e pensiamo che anche sotto la legislazione di Giustiniano le servitù tanto personali, che prediali, essendo delle frazioni, degli smembramenti della proprietà, dovessero pel loro acquisto subire le medesime regole che son descritte per la proprietà. Il contratto fa nascere un'obbligazione; ma acciocchè il diritto reale di servitù esista, è necessaria la quasi tradizione; fino a che questa non abbia luogo, la servitù è dovuta, ma non esiste ancora (1).

(1) Le servitù prediali, o personali si acquistavano come la proprietà di cui erano uno smembramento? La convenzione delle parti bastava a stabilirle? La controversia su tal quistione è animatissima soprattutto in Alemagna. Il diritto antico dà un gran lume alla quistione, e però è mestieri esaminarlo: da questo esame risulta la conseguenza: 1° che sotto i principî del diritto non si può seriamente dubitare: la convenzione non può stabilire un diritto reale di servitù; 2° che la quistione adunque dovrebbe esser ristretta solamente al tempo che il vero diritto civile fu abolito, e segnatamente sotto la legislazione di Giustiniano.

Intratteniamoci da prima dell' antico diritto civile; e qui distinguiamo accuratamente il suolo italico che è ammesso alla partecipazione di questo diritto, ed il suolo provinciale che n'è escluso.

Il suolo italico è suscettivo d' un vero dominio (*dominium ex jure Quiritium*), e per conseguenza di vere servitù sì personali, e sì prediali, perciocchè le servitù non sono che smembramenti e frazioni del dominio.

Ciò posto noi troviamo in uno de' frammenti del Vaticano relativo all' usufrutto una regola generale, che domina in tutta la materia, ed è che l'usufrutto, e per conseguenza le servitù in generale anche a riguardo delle cose che non sono *mancipi* non possono altrimente essere stabilite che per un modo del diritto civile: *In re nec mancipi per traditionem deduci usufructus non potest: nec in homine si peregrino tradatur. Civili enim actione constitui potest, non traditione, quae juris gentium est* » (*Vaticana Juris Rom. Fragmenta* § *47. Themis t. 3, p. 14; e Blondeau Jus antejustinianeum p. 337*). Sicchè a riguardo delle cose *nec mancipi* il dominio romano può esser trasferito per un modo del diritto delle genti, cioè la tradizione, ma a riguardo delle frazioni di questo dominio, delle servitù tanto prediali, che personali, la legislazione civile trovasi più rigorosa: si richiede necessariamente un modo civile di acquisto. La tradizione, e a più forte ragione la quasi-tradizione sono per se medesime impotenti. Adunque nè il semplice patto, o la convenzione, nè i contratti bastano a stabilirle come diritti reali.

Ma percorriamo i modi civili di acquistare il dominio: essi erano la mancipazione, la cessione *in jure*, l' usucapione, l' aggiudicazione, e la legge (Ved. qui supra p. 214). La *mancipazione* si applicava alle servitù rustiche che erano *res mancipi* (*Gai. 2*, §§ *17, e. 29*). Dunque esse non si acquistavano per la sola convenzione, a meno che non si voglia sconvolgere tutte le idee sulla materia.

La *cessione in jure* era surrogata alla mancipazione per le servitù urbane, e per l'usufrutto, che non potevano esser mancipati. La lettura de' giureconsulti dimostra ad ogni passo che questo era il modo adoperato per alienare volontariamente tra vivi cosiffatti smembramenti della proprietà (*Gai. 2*, §§ *29, e 30*). Ecco un passo de' Frammenti del Vaticano molto decisivo: « *Tametsi usufructus fundi mancipi non sit, tamen sine, tutoris auctoritate alienare eum mulier non potest, cum aliter quam in jure cedendo id facere non possit... idemque est in servitutibus praediorum urbanorum* ». (*Vatic. jur. rom. Frag.* § *45*). Dunque essi non si acquistavano per la sola convenzione.

L' usucapione civile almeno dopo la legge *Scribonia* non avea più luogo in questa materia (*D. 41, 3, 4*, § *29, f. Paul.*).

L' *aggiudicazione* si applicava alle servitù tanto prediali che personali (*Vatic. Frag.* § *47*).

In fine la *legge* era ugualmente applicabile ad esse. E noi ritroviamo qui le differenze tra i legati che trasferiscono un diritto reale (*per vindicationem*), e quelli che soltanto obbligano l'erede (*per damnationem*). « *Ususfructus*, dice Paolo (*Sent. 3, 6*, § *17*), *legari potest, et aut ipso jure constituetur, aut per heredem praestabitur. Ex causa quidem damnationis per heredem praestabitur; ipso autem jure per vindicationem* ». Ecco in materia di legati la differenza ben stabilita tra la servitù dovuta, e la servitù acquistata.

Adunque i modi di acquistare erano per regola generale i medesimi pel dominio, e per le servitù, salvo un rigore di più, cioè che la tradizione, modo del diritto delle genti sufficiente per dare il dominio delle cose *nec mancipi*, non era sufficiente per le servitù. In quanto a queste eravi inoltre la circostanza che nella cessione *in jure*, o nella mancipazione di un oggetto poteva riservarsi su questo oggetto l' usufrutto o una servitù (*usumfructum deducere; detrahere; servitutem excipere*), e per siffatta riserva l'usufrutto, o la servitù trovasi stabilita. (*Vatic. Fragm.* § *47, Gai. 2*, § *33*).

Ma se la riserva si fosse messa in un atto di vendita, e non nella cessione *in jure* o nella mancipazione, la servitù non si sarebbe acquistata; si sarebbe avuta solamente *l'actio venditi*, o la *condictio incerti* per farsela dare (*D. 8, 2, 35, f. Marcian.*). Ed ancora la riserva messa nella semplice tradizione delle cose *nec mancipi* non sarebbe stata sufficiente a stabilire la servitù, quantunque que-

Tuttavia avvertite, che quest'opinione estesa alle servitù negative, che consistono in non fare, renderebbe impossibile il loro stabilimento per effetto di convenzioni, per-

---

sta tradizione avesse trasferito il dominio della cosa. A questo caso si riferisce il frammento del Vaticano qui sopra riportato. Questo, come già dicevamo nella nostra edizione del 1828, è assai notabile. Da tutto ciò si comprende che non solamente la convenzione non bastava a stabilire la servitù, ma neppure la quasi-tradizione avrebbe avuto questo risultamento; era assolutamente necessario un modo civile di acquisto. Sicchè quella differenza che dà tanto travaglio ai comentatori, tra le servitù positive che son suscettive di quasi-tradizione, e le servitù negative che non ne sono suscettive, non era qui di niuna influenza, perciocchè i modi civili di acquistare, la mancipazione, la cessione *in jure*, l'aggiudicazione, il legato, la riserva nella mancipazione non richiedono alcuna tradizione, o quasi-tradizione della servitù per produrre il loro effetto.

Queste erano le regole in Italia, e per gli oggetti partecipanti al diritto italico.

In quanto al suolo provinciale escluso dal diritto civile, non essendo suscettivo di dominio, non è neppure suscettivo delle sue diverse frazioni. E però secondo lo stretto diritto non possono sui fondi provinciali esservi delle vere servitù, più che non potrebbe esservi una vera proprietà. Ma siccome questo principio, per così dire astratto, che la proprietà del suolo provinciale appartiene al popolo, o a Cesare, ha per effetto principale l'obbligazione al tributo: del resto in realtà le possessioni provinciali, tuttochè non siano proprietà, son protette in un modo presso a poco equivalente dalle istituzioni pretorie; così parimente le servitù, tuttochè rigorosamente per diritto civile non esistano, vi saranno introdotte, e protette *jure praetorio*, sia col mezzo degl'interdetti utili possessori, *interdicta veluti possessoria* (*Dig. 8, 1, 20, fr. Javol.* — *Interdictum utile Vatic. Fragm.* §§ *90 e 91*), sia col mezzo dell'azione Publiciana (*Dig. 6, 2, 11,* § *1, f. Ulp.*).

Ciò posto l'aggiudicazione ed il legato, che son ammessi nelle province, si useranno per le servitù, come si usano per la proprietà.

Ma in che modo si possono esse costituir volontariamente tra vivi, se i fondi provinciali non sono suscettivi, nè di mancipazione nè di cessione *in jure*, e d'altronde le servitù secondo il diritto rigoroso non possono ricever quasi-tradizione, nè esser dedotte in una tradizione? È necessario, dice Gaio a questo proposito, che si abbia ricorso a patti ed a stipulazioni (*Gai. 2,* § *31*), ed in fatti qui non vi ha altro mezzo a raggiunger lo scopo.

Qual'era l'effetto di questi patti, e stipulazioni nelle province? Stabilivano per se medesime le servitù, ovvero si ricorreva ad esse per supplire al rigore del diritto, che non offriva alcun mezzo di costituirle volontariamente tra vivi, presso a poco come si ricorre alle stipulazioni nel caso dei legatarii e fedecommissari, che si tolgono il carico di una parte de' debiti ereditarii (*Gai. 2, 254*), e come l'indica Africano, spezialmente per un caso, in cui fuor d'ogni dubbio è impossibile che esista una vera servitù (*D. 8, 3, 33,* § *1, f. African.*), senza che per questo si alteri la natura delle stipulazioni, e delle servitù, senza dedurre un diritto reale da un contratto? Ecco la quistione che si può fare.

Avvertite che il dubbio può elevarsi solo nel punto in cui siam pervenuti, cioè fuori del diritto civile, pel suolo provinciale, ed a riguardo delle servitù che riconoscono la loro esistenza unicamente dalla protezione del pretore. Ed anche in questa condizione di cose il mio avviso è che il patto, e la stipulazione non stabiliscono la servitù; perciocchè come la proteggerà il pretore? Per via di interdetti utili possessori, dell'azione publiciana, vale a dire per via d'istituzioni, le quali tutte suppongono che vi sia possesso, o quasi possesso. Sicchè la servitù non sarà stabilita dal patto, che è una convenzione non obbligatoria, e che si applica qui ad una cosa che per stretto diritto non può esistere, ma colui col quale si sarà convenuto di stabilirla, si obbligherà per istipulazione, per clausola penale, o anche per sicurtà a non mettere ostacolo al suo esercizio. Di tal fatta è l'esempio di Teofilo (*Inst. Paraph. hoc* §); di tal fatta è quello di Pomponio: « *Si iter, actum viam aquaeductum per tuum fundum emero, vacuae possessionis traditio nulla est. Itaque cavere debes per te non fieri quominus utar* » (*19, 1, 3,* § *2*). Lo stesso dice eziandio Giavoleno; ma questo giureconsulto aggiunge: « *Ego puto usum ejus juris per traditione accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt* (*Dig. 8, 1, 20*). Il che chiaramente accenna l'ultima interpetrazione benevola della giurisprudenza, e del diritto pretorio. Secondo lo stretto diritto le servitù sul suolo provinciale non potrebbero esser volontariamente stabilite tra vivi, perciocchè la mancipazione, e la cessione *in jure* non vi sono ammesse; i patti, e le stipulazioni le costituiranno solamente in questo senso, che il promettente sarà obbligato di non mettere ostacolo al loro esercizio, ma per un' interpetrazione meno rigorosa si ammette la quasi-tradizione, come quella che da il diritto reale, almeno per quanto è possibile, nelle province ch'esso abbia esistenza, vale a dire per via degl'interdetti utili, e della publiciana. A ciò si vuol riferire una costituzione di Alessandro nei seguenti termini: « *Et in provinciali praedio constitui... servitutes possint, si ea praecesserint quae servitutes constituunt* (cioè la quasi-tradizione); *tueri enim placita inter contrahentes debent* ». (*Cod. 3, 34, 3*); costituzione di cui si è fatto esame, ed il Cujacio ne ha dato delle spiegazioni ben poco naturali. In quanto alle servitù negative, non essendo queste neppur suscettive di quasi tradizione, restavano nel rigore del diritto; non pertanto potevano esistere come diritti reali per effetto dell'aggiudicazione, o del legato.

Inoltre io non sarei alieno dal credere che queste disposizioni del diritto pretorio, il quale per via degl'interdetti: *veluti possessoria*, e della pubbliciana proteggeva le servitù del suolo provinciale, fossero state parimente applicate al suolo italico a riguardo delle servitù costituite su questo suolo per la semplice quasi-tradizione, o per la ritenzione in una tradizione, giacchè allora la servitù esiste non pel diritto civile, ma per la protezione pretoria, non altrimenti che pe' fondi stipendiarii

ciocchè riguardo ad esse non può esservi assolutamente alcun quasi-possesso, o quasi-tradizione. La difficoltà non esisteva sotto l'antico diritto civile, poichè la cessione *in jure* offriva il mezzo di stabilirle come diritti reali; ma al tempo di Giustiniano, che questa cessione è abolita, l'impossibilità esisterebbe. Ciò ha determinato un gran numero di comentatori, anche tra quelli, che stimano la quasi tradizione indispensabile a riguardo delle altre servitù, ad ammettere che essa non sia necessaria per le servitù negative, e che la semplice convenzione sia sufficiente a stabilirle come diritti reali. Siffatta decisione, tuttochè sembri comandata dalla necessità delle cose, non ci pare come conforme ai principii del diritto romano.

Le servitù si estinguono: 1.° per la perdita, la distruzione di uno de' fondi, il dominante, o il serviente; come se l'edifizio sia abbattuto, il terreno portato via, o invaso dalle acque. Se l'edifizio sarà riedifito, un' interpretazione equa fa rivivere le servitù (1).

2.° Per la confusione, se la persona medesima diviene per intero proprietaria de' due fondi (2).

3.° Per la remissione, quando il padrone del fondo dominante permette a quello del fondo serviente di fare qualche cosa, che impedisce l'esercizio della servitù (3).

4.° Pel non uso, che al termine di due anni, era pel diritto civile un modo di estinzione per tutte le servitù o rustiche o urbane. Tuttavia si trovava anche quì l'importanza della distinzione a stabilire tra queste servitù. Per le prime, cioè per le servitù rurali vi era estinzione pel non uso, quando il tempo fissato era trascorso, senza che nè il proprietario, nè il fittaiuolo, nè alcun altra persona avesse usato della servitù per l'utilità del fondo (4). In quanto alle seconde, cioè alle servitù urbane, si richiedeva di più che il proprietario del fondo serviente avesse acquistato la sua liberazione (*liberatum usucapere*), cioè che avesse fatto qualche atto contrario alla servitù, per esempio che avesse più elevato l'edifizio, turate le finestre, rivolte in altra parte le gronde, tolte via le travi, turati i fori in cui esse si appoggiava, etc. (5). Questa differenza dipende sempre da ciò che le servitù urbane son continue, e le rurali per la più parte discontinue. Se si facevano degli atti diversi da quelli che la servitù permetteva di fare, per esempio se si fosse attinta l'acqua di giorno o a certe ore, mentre do-

---

(*officio praetoris, tuitione praetoris*, dicono i testi: *V. Dig. 8, 3, 1, § 2. f. Ulp. — 7, 4, 1, pr. f. Ulp. — Vatic. Frag. § 61*).

Sotto Giustiniano *l'usucapione, l'aggiudicazione, ed il legato* son restati più, o meno modificati, come modi di acquistare; la *mancipazione*, e l'*in jure cessio* sono al tutto scomparse. Quel che era il diritto delle province è in certa guisa divenuto sotto più riguardi il diritto generale. Dal che segue che i dubbi, e le decisioni relative allo stabilimento delle servitù nelle province, si riproducono per la legislazione di Giustiniano. Così i patti, e le stipulazioni, sono i soli modi di stabilirle volontariamente tra vivi: la quasi tradizione per quelle che ne son suscettive dà il diritto reale; di più la tradizione essendo in tutto surrogata alla mancipazione, le servitù vi possono esser dedotte come altra volta nella mancipazione.

Io non trovo da attingere per questa discussione autorità ben sicure ne' numerosi testi del Digesto, e del Codice, perciocchè essi han dovuto necessariamente esser mutilati per effetto de' cambiamenti recati ai modi di acquistare; nondimeno ecco i principali per l'opinione ch'io adotto: *Dig. 44, 7, 3, f. Paul.—19, 1, 3, § 2, f. Pomp. e 8, 1, 20, f. Javol.—8, 6, 18, e 19. Marcian.*—E soprattutto *D. 7, 1, 27, § 4, f. Ulp. — 8, 1, 11, f. Modest. — 45, 1, 136; § 1. f. Paul.* dove si vede che una servitù stipulata non esiste ancora come diritto. Confesso che non si può sicuramente argomentare dalle leggi *Dig. 8, 2, 35, f. Marci. — 6, 2, 11, § 1, f. Ulp.* relative alla pubbliciana.

Per l'opinione contraria: *Dig. 43, 14, 3, §§ 13. e 14. Ulp.* legge che non conchiude nulla, perciocchè vi ha molti casi, ne' quali le servitù esistono di diritto senza alcuna quasi tradizione. *Dig. 7, 1, 25, § 7, f. Ulp. Cod. 3, 33, 4*, ove si tratta sempre delle medesime elocuzioni *pactionibus constituuntur servitutes*. In fine la legge *Cod. 3, 34, 14*, ove probabilmente si parlava d' un patto inserito come legge della mancipazione d' una servitù rurale. Del resto se si adotta quest' ultima opinione che ha tra suoi campioni de' buoni ingegni, ed anche delle buone ragioni non si dee scinderla; bisogna dire che il semplice patto senza alcuna stipulazione poteva stabilire un diritto di servitù, come stabiliva un diritto d'ipoteca.

(1) *D. 8, 3, 13, princ. — 8, 6, 14, f. Javol. — 8, 2, 20, § 2, f. Paul.*

(2) *D. 8, 6, 1, f. Gai. — 8, 2, 30, f. Paul.*

(3) *D. 8, 1, 14, §. 1, f. Ulp.— 8, 4, 17, f. Papin. — 8, 6, 8. f. Paul.* — La cessione *in jure* fatta al proprietario del fondo serviente dovea al tempo che ancora esisteva, servire ad estinguere le servitù, senza che fosse necessario di fare qualche cosa contraria al loro esercizio. Quanto al patto, alla sola convenzione, per la quale la servitù era rimessa, io penso ch'essa non produceva altro che un' eccezione. Ma fin d' allora il proprietario del fondo serviente poteva opporsi alla servitù, e se il padrone del fondo dominante l'avesse rivendicata, egli avrebbe fatto rigettare la sua azione per l'eccezione del patto.

(4) *D. 8, 6, leggi 5, 6, 20, a 25.*

(5) *D. 8, 2, 6, f. Gai.*

vea prendersi la notte, o ad altre ore, o se si fosse presa un acqua diversa, la servitù a capo di due anni di quest' uso irregolare era interamente perduta, senza nulla acquistare in cambio; perciocchè in fatti la persona non aveva usato della sua servitù, e quella della quale avea fatto uso senza avervi diritto, non erasi a lui acquistata, essendochè l'usucapione di due anni non era applicabile alle servitù (1). Se il non uso proveniva da forza maggiore, la servitù, a rigore, non era per questo meno estinta, ma allora poteva la persona farsi restituire dal pretore (2). Tale era ancora il diritto esposto nelle Pandette di Giustiniano, non pertanto diverse costituzioni di quest' imperadore pubblicate qualche anno prima (nel 530, e 531; il Digesto, e le Istituzioni sono del 533) aveano di già apportato notabili modificazioni sulla perdita delle servitù pel non uso. Così in primo luogo è incontrastabile, e riconosciuto da tutti, che Giustiniano sostituì in questa materia allo spazio di tempo dell'usucapione civile, quello della prescrizione pretoria: per modo che le servitù prediali in cambio d'esser perdute per due anni di non uso, non poterono più perdersi che pel decorrimento di dieci anni contra i presenti, e venti contra gli assenti (3). Ma un secondo punto non meno importante, e sul quale gl'interpetri principalmente più moderni non si accordano, è che Giustiniano avesse stabilito nel medesimo tempo che le servitù effettualmente non si estinguerebbero più pel non uso (*non utendo*), cioè pel solo fatto di aver cessato di usarne, ma che si richiederebbe inoltre per tutte le servitù sì urbane, e sì rustiche, che il proprietario avesse acquistata la sua liberazione facendo qualche atto contrario alla loro esistenza. Si deduce questa conseguenza da una costituzione relativa all'usufrutto, nella quale Giustiniano dice, che questo diritto non si perderà più pel non uso: *nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae etiamsi dominium vindicaret, posset eum praesentem, vel absentem, excludere*. Ma noi non adottiamo quest'interpetrazione. Essa ci pare in disaccordo con la natura delle servitù rurali, il cui esercizio essendo discontinuo, può esser cessato interamente, e da gran tempo senza che vi sia stato alcun fatto contrario dalla parte del proprietario del fondo serviente. Vi ha di più: Giustiniano parla espressamente, per la perdita a cagione del *non uso*, della prescrizione per dieci anni contro i presenti o venti contro gli assenti (4). Or l'interpetrazione che si vuol dare alle parole della sua costituzione sull'usufrutto renderebbe quasi al tutto impossibile l'applicazione di siffatta prescrizione, e vi surrogherebbe in cambio quella di trent' anni senza distinzione di presenza o di assenza. In fatti se si vogliono prender così alla lettera le parole *nisi talis exceptio*, etc. bisognerà dire esser necessario non solo che il proprietario del fondo serviente abbia fatto un atto contrario alla servitù, ma ancora che l'abbia fatto di buona fede, ed in vigore d'un giusto titolo, perciocchè tutto questo sarebbe indispensabile se si trattasse del dominio. E per questo modo si arriva all'impossibile, salvo due casi eccezionali: 1.° quello in cui un terzo avesse acquistato e posseduto di buona fede il fondo serviente come franco e libero dalla servitù: 2.° quello in cui il proprietario del fondo serviente avesse acquistato di buona fede la sua liberazione da un terzo ch' egli avesse creduto proprietario del fondo dominante, vale a dire che in realtà la vera prescrizione delle servitù pel non uso sarebbe quella di trent'anni, per la quale l'azione in rivendicazione della servitù si troverebbe estinta senza distinzione tra assenti, e presenti, senza necessità di buona fede, e di giusta causa di liberazione; ma sempre con la differenza che necessariamente la natura delle cose impone tra le servitù urbane il cui esercizio è continuo e le servitù rurali, le quali hanno generalmente un esercizio discontinuo (5). Questo può ben essere un sistema di legislazione, e questo presso a poco il nostro codice civile ha adottato (6); ma non è certamente quello delle costituzioni di Giustiniano, le quali parlano positivamente del non uso per dieci anni contro i presenti, e venti contro gli assenti, senza dir mai neppure una parola speciale della prescrizione di trent'anni. Tutte queste ragioni ci conducono a

(1) *D. 8, 6, 10, §. 1, f. Paul.*; *17, f. Pomp.*; *18, f. Paul. — 39, 3, 17, pr. f. Paul.* — l'applicazione di questa regola a'differenti casi non è senza difficoltà — *7, 4, 20, f. Paul. — 8, 5, 9, §. 1, f. Paul.* (2) *D. 8, 3, 35, f. Paul.*

(3) *Cod. 3, 34, const. Justin.*

(4) « *Censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur, non biennio, quia tantummodo soli rebus annexae sunt, sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes* » (*Cod. 3, 34, 13,*).

(5) *Cod. 7, 39, 3.*

(6) *Codice civ. artic. 706, e 707. — (Leggi civ. art. 627, e 628.)*

credere fermamente che la frase di Giustiniano si debba riferir solamente al tempo della prescrizione, e non alle altre condizioni richieste per l'acquisto del dominio. Ma quel che è anche più decisivo a riguardo delle servitù prediali è, che Giustiniano dice sempre nelle sue novelle costituzioni, che esse si estingueranno *non utendo*. Finalmente a noi pare che l'ipotesi proposta, e la decisione data dall'imperadore nella sua costituzione 14, contraddicono radicalmente, e senza replica l'opinione, che noi ricusiamo di ammettere (1).

Vi ha inoltre degli altri casi meno importanti che possono estinguere le servitù, per esempio se esse sieno stabilite in modo risolubile, o da persone aventi un diritto risolubile (2).

TITULUS IV. DE USUFRUCTU.

TITOLO IV. DELL'USUFRUTTO (3).

Passiamo alle servitù personali (*servitutes personales*), nelle quali il diritto staccato dalla proprietà non è staccato per aumentare la bellezza, o utilità di un fondo, ma pel vantaggio speciale d' una persona, alla quale appartiene. A differenza delle servitù reali, le servitù personali si applicano sì ai mobili, come agl' immobili; esse non consistono mai in altro che in soffrire; nè tutte sono indivisibili: così l'usufrutto consistendo principalmente nella percezione de' frutti, oggetti che son suscettivi di divisione, può essere acquistato, o perduto per parti, ma non è a dire lo stesso dell'uso, che è considerato come indivisibile (4).

Pare che queste servitù sieno state introdotte nella legislazione romana posteriormente alle servitù de' fondi, e che sieno state successivamente regolate. Così nei frammenti delle Dodici Tavole, o negli scrittori posteriori non vi ha nulla che indichi la loro esistenza in quell'età primitiva. Noi sappiamo da Cicerone, che al suo tempo l'usufrutto e l'uso erano stabiliti; che i giureconsulti disputavano ancora, se i figliuoli di una schiava erano nel numero de' frutti, o no; che il quasi usufrutto delle cose di consumo non era ancor conosciuto (5). Un senato-consulto posteriore introdusse questo quasi usufrutto; ed in seguito fu annoverato tra le servitù personali il diritto di abitazione, e quello de' servigi. Noi ora ci facciamo a discorrerne successivamente.

Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. Est enim jus in corpore, quo sublato, et ipsum tolli necesse est.

L'usufrutto è il diritto di usare, e godere le altrui cose, salva però la sostanza di esse. Perciocchè è un diritto sul corpo delle cose, il qual corpo levato via, necessariamente si leva anche il diritto.

L'usufrutto, che forma la più importante delle servitù personali, è ampiamente trattato nel Digesto. I comentarii di Gaio, le regole d' Ulpiano, le sentenze di Paolo, ci offrono eziandio dei passi che vi han relazione; infine i frammenti del diritto romano scoverti dal Mai nella biblioteca del Vaticano contengono un titolo su questa materia (6).

Son da notare nella definizione data dal nostro testo le parole *utendi* e *fruendi*, che indicano tutti i diritti che comprende l'usufrutto (l' uso e i frutti); le parole *rebus alienis*, perchè l'usufrutto non può cadere che sulle cose altrui (*nemini res sua servit*); da ultimo la frase *salva rerum substantia*, che si prende in due sensi diversi. Infatti alcuni giureconsulti la considerano come relativa alla durata dell'usufrutto e traducono così: *Il diritto di usare e di godere finchè dura la sostanza*; altri come relative ai diritti dell'usufruttuario, e traducono così: *Il diritto di usare, e di godere... senz'alterare la sostanza*. Io credo che sia da adottare questa seconda interpetrazione; le parole del testo mi pare sieno presso a poco equivalenti a queste: *Jus utendi fruendi, sed non abutendi* (7).

Il dominio per contrapposto all' usufrut-

(1) *Cod. 3, 34, const. 13, e 14.* Tuttavia quest'opinione pare quella seguita da' miei dotti colleghi Ducaurroy (*Instit. nouv. expl. t. 1, p. 245, n. 438.*), e Pellat (*De la propriété, et de l'usufruit p. 168.*)

(2) *D. 8, 6, 11, §. 1, f. Marcel.*

(3) Ved. su questa materia speciale il Trattato del nostro collega Pellat: *De la propriété, et de l'usufruit*. Parigi 1837 br. in 8.°

(4) *D. 7, 1, 14, e 25, f. Pomp.— Frui quidem pro parte possumus: uti pro parte non possumus (7, 8, 19, f. Paul.)*

(5) *Cicero de finib. boni et mali. lib. 1, cap. 4. id. in Topicis.*

(6) *Dig. lib. 7, tit. 1, e seg. — Gai. 2, §§. 30, e seg. — Ulp. Reg. 24, §§. 26, e 27. — Paul. Sent. 3, 6, §§. 17, e seg. — Vatic. J. R. Frag. tit.2.* De usu et fructu. *Themis. t. 8.*; e *Blondeau* Jus antejustinianeum *p. 336, §. 41, e seg.*

(7) La prima interpretazione appoggiata su Teofilo era stata già innanzi data da Gifanio, e generalmente rigettata. Il Ducarroy l'ha riprodotta con nuove ragioni nella *Themis (t. 1, p. 260)*, e nelle *Istituzioni* spiegate *(t. 1, p. 333,)*. Essa è pro-

to, che se n'è staccato, chiamasi frequentemente presso i romani *nuda proprietas*, e nella nostra lingua *nuda proprietà*. Vediamo da prima quali sono i diritti, e le obbligazioni dell' usufruttuario e del proprietario.

L'usufruttuario ha il *jus utendi*, e non si saprebbe quì dare una teorica più sana, e più logica di quella che è stata esposta in Alemagna dal Thibaut, e presso noi dal Ducaurroy (1). Il *jus utendi* non è, siccome han detto i comentatori sino a' nostri giorni, il diritto di raccogliere i frutti circoscritti dalla necessità. Esso è un diritto particolare, e ben distinto, che consiste in ritrarre dalla cosa tutta l' utilità che può dare, senza pretenderne alcun prodotto, nè alterarne la sostanza. Da ciò discende il diritto di abitare la casa, di dimorare sul fondo rustico, di esercitare le servitù di semplice uso che ci son dovute, di adoperare i buoi, i cavalli nel lavoro, ed in tutte le fatiche alle quali sono atti; le navi nella navigazione, etc. (2).

L'usufruttuario ha inoltre il *jus fruendi*, cioè il diritto di roccogliere tutti i frutti della cosa (3). Quì è importante determinare che cosa intendesi per frutti. Frutto, dicono parecchi testi, è *quidquid in fundo nascitur*, *quidquid inde percipitur* (4). Nondimeno non si computa realmente tra' frutti che gli oggetti i quali la cosa è destinata a produrre; sicchè quelli che ne sono un risultamento, un accessorio accidentale, come l'alluvione, l'isola nata presso ad un podere (5), il tesoro (6), il legato fatto allo schiavo (7), non appartengono all' usufruttuario. Per una ragione quasi somigliante il figliuolo d'una schiava, come abbiam veduto quì sopra (p. 250) non è annoverato tra i frutti; similmente gli oggetti, che sono piuttosto parte della cosa, che uno dei suoi ordinarî prodotti, non son considerati come frutti, tali sono i boschi non destinati

---

fessata alla scuola, ed il Varnkoenig l' ha adottata ne' suoi Comentarî del diritto romano *(n. 300, t. 1, p. 438)*. Malgrado queste autorità, ecco le ragioni che m' impediscono di ammetterla. Essa è fondata su due principali ragioni: 1.° sull' *est enim* che lega la prima frase alla seconda. Questo legame, bisogna confessarlo, non è rigorosamente giustificato col senso che io gli attribuisco; ma vediamo se è meglio giustificato con l' altro. Un sillogismo come questo: *tutti gli animali sono uomini, perchè tutti gli uomini sono animali*, pare ridicolo; or il testo non farebbe un ragionamento simile a questo se dicesse: *l' usufrutto dura fino a che dura la sostanza, perchè esso perisce se la sostanza perisce?* La seconda proposizione è vera, ma la prima è perfettamente falsa. Adunque bisogna riconoscere nell' *enim* una di quelle congiunzioni sì comuni nella lingua latina, e soprattutto nelle Istituzioni, dove almeno i due terzi de' paragrafi cominciano per *autem*, *tamen*, etc. e dove potrebbesi citare un gran numero di esempî come *lib. 1, tit. 10, §. 1.; tit. 13, §. 3; tit. 24, pr.; lib. 2, tit. 1, §. 26*, e tanti altri, in cui questi *ergo*, *itaque*, *tamen*, etc. non hanno assolutamente alcun senso. Il dubbio si dilegua soprattutto se si avverte che queste due frasi, che si son riunite così male, formano nel Digesto due leggi differenti *(7, 1, 1, e 2)*, e son tolte l'una da Paolo, l'altra da Celso. — 2.° La seconda ragione poggia sul *ne tamen* del §. 1. Questo *tamen* è della stessa natura di quelli che abbiamo accennati; non vi ha nè quì nè nel Digesto *(7, 1, 5. §. 2)*, alcuna relazione col paragrafo precedente. Del resto la frase è tolta da un terzo giureconsulto, cioè da Gaio. Essa esprime questa riflessione naturale, che l'usufrutto essendo il *jus utendi fruendi*, renderebbe la proprietà inutile, se ne fosse separato per sempre. Ma è forse dell'essenza dell'usufrutto, di durare fino a che dura la sostanza delle cose, e solo per un certo temperamento si fa estinguere prima; o non è piuttosto della essenza dell'usufrutto, servitù personale, che finisca con la persona per la quale è stabilito? A che prò dare una falsa definizione dell' usufrutto per esser poi obbligato di correggerla? In fine poste dall'un de'lati tutte queste ragioni, un passo di Ulpiano pare che mostri da se solo quale era il senso quì attribuito alle parole *salva substantia*: « L'usufrutto può stabilirsi, dice questo giureconsulto, sulle cose, delle quali si può godere *salva rerum substantia*: ma quanto a quelle che si consumano per l'uso, come il vino, l'olio etc. » *(Ulp. Reg. tit. 24, §§. 26, e 27)*. Così nel senso de' giureconsulti romani godere *salva substantia*, vuol dire goder senza consumare. Del resto la controversia è senza importanza. Dall' una parte, e dall'altra si riconosce che l'usufruttuario dee conservar la sostanza, e che l' usufrutto perisce con la sostanza.

(1) *Thibaut, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts* (Saggi sopra alcune parti speciali della teoria del dritto) *Jen. 1798 — 1801, e 1817, 2 vol. in 8.° 1. 3.* — Ducaurroy, *Themis t. 1. p. 263-265. 1819. Institutes expliquées. t. 1, p. 348, e seg.* — Questa teorica è ora generalmente stabilita tanto in Alemagna, che tra noi.

(2) *D. 7, 8, fr. 2, e 10 §. 4, Ulp. — D. 7, 1, 15, §. 7, — 7, 6, 1, pr, e §. 1, — 8, 5, 2, §. 2, f. Ulp.—D. 7, 8, 12, §§. 3, e 4, f. Ulp.—D. 7, 1, 12, § 1, f. Ulp.* — Il *jus utendi* è sì poco una frazione qualunque del *jus fruendi*, che chi ha il *jus fruendi* per intero, è ancora obbligato di ricorrere all' uso per tutto ciò che è necessario alla coltura, ed alla raccolta de' frutti, secondo dice Fiorentino (*Dig. 7, 1, 42*,). Frequentemente presso i romani dicesi *uti* per dire ritrarre una utilità qualunque, o nel frutto, o altramente; ma allora si adopera questa parola in un senso generale.

(3) *D. 7. 1. 7. p. f. Ulp.*

(4) *D. 7. 1. 9. p. f. Ulp., e 59. §. 1. Paul.*

(5) *7. 1. 9. §. 4. f. Ulp.*

(6) *D. 24 3, 7, §, 12, f. Ulp.* (7) *Inst. 2, 9, §. 4,*

ad esser tagliati; l'usufruttuario non acquista gli alberi che vi muoiono, e che vi sono schiantati dalla violenza del vento, ma raccoglie la rendita dei boschi destinati a tagliare (*sylva caedua*) (1).

L'usufruttuario può egli medesimo esercitare il suo diritto, ovvero vendere, affittare, cedere gratuitamente l'esercizio di questo diritto in tutto, o in parte (2). Se egli affitta le cose, delle quali ha l'usufrutto, il prezzo che gli si paga pel fitto, tien luogo per lui dell'utilità, o dei frutti della cosa, e questo è ciò che chiamasi frutti civili.

Si vuol notare, che l'usufruttuario non ha la proprietà dei frutti, ma solo il diritto esclusivamente annesso alla sua persona di raccorglieli, o farli raccorre; il che di già si è veduto (quì sop. p. 249) (3). Da ciò seguita ch'egli non è ancora proprietario dei frutti naturalmente caduti, ma non raccolti; nè de' frutti raccolti non da lui, o da chi lo rappresenta, ma da altra persona, come a cagion d'esempio da un ladro (4). Ne seguita ancora che i frutti non raccolti al momento della morte non passano ai suoi eredi, ma restano al proprietario. E reciprocamente sè al cominciare dell'usufrutto vi sono dei frutti pendenti da' rami, o attaccati alle radici, l'usufruttuario ha il diritto di racooglierli (5). Che bisogna dire a questo proposito del caso in cui li abbia raccolti senza che fossero maturi? Quando egli abbiali colti senz'animo di frodare, e come un buon padre di famiglia, non si ha a questo riguardo alcun'azione contro di lui, nè contro i suoi eredi (6). Come si avrà a decidere pe' frutti civili? I testi non sono ben precisi su questo punto, ma pare risultarne che si acquistano giorno per giorno quando si tratta per esempio del fitto d'una casa, del lavoro di uno schiavo, o di una bestia da soma; ma quando questo fitto rappresenta i frutti naturali, come nella locazione d'un fondo rusticano, esso non è altrimente dovuto all'usufruttuario, che se le raccolte sieno state fatte vivente lui (7).

L'usufruttuario dee godere da buon padre di famiglia (*quasi bonus paterfamilias*) (8). Sicchè egli non dee stabilire nella casa un' osteria, de' bagni pubblici, un officina, quando prima non sia destinata a quest'uso (9); egli non dee snaturare gl'impieghi degli schiavi, facendo per esempio un panattiere da un musico, un servitore da bagni da un istrione (10); egli dee, come abbiam veduto più innanzi, surrogare le viti, ed altri alberi fruttiferi che periscono, impiegare l'accrescimento del bestiame a sostituire i capi morti. Egli non ha il diritto di alterare la sostanza delle cose (*salva substantia*). Ma che cosa si deve intendere per sostanza? Fisicamente, o metafisicamente sarebbe malagevole di determinare il senso preciso di questa parola assai vaga che viene da *sub stare*; ma in diritto, e nella materia di che trattiamo, dinota ciò che è il principale, il carattere essenziale nella maniera di essere della cosa; e però non solamente l'usufruttuario non ha il diritto di distruggere (*abuti*), ma non potrebbe neppure elevare un edifizio sul terreno, di cui ha l'usufrutto, cambiare le fabbriche, trasformare una villa, o giardino di delizia in un orto, o viceversa (11).

L'usufruttuario è tenuto alle riparazioni di mantenimento (*modica refectio*), ed alle imposte, o altri casi che gravano i frutti (12).

In fine il diritto pretorio l'obbliga prima di entrare in possesso a dar sicurtà di go-

(1) *D. 7, 1, 9, §. 7, e f. 12, pr. Ulp.* — Egli può solamente usare di questi alberi pe' suoi bisogni domestici; e pel mantenimento dell' edifizio. Per le carriere, le mine, etc. Vedi le leggi *D. 7. 1, l. 9, §§. 2, e 3, l. 13, §. 5—D. 23, 5, 18. — 24, 3, 7, §§. 13, e 14*, che in somma pare che ne attribuiscano i prodotti all' usufruttuario. Tutto ciò che noi quivi vediamo, ci prova che la decomposizione ordinaria che si fa del dominio in *jus utendi, fruendi, abutendi* non è, come abbiam detto qui sop. p. 224, perfettamente esatta; così dopo averne staccato per l' usufruttuario il *jus utendi et fruendi*, resta al proprietario non solamente il *jus abutendi*, ma ancora il diritto di acquistare tutti gli accessorii, che non sono nella classe de' frutti.

(2) *D. 7, 1, 12, §, 2, f. Ulp.*

(3) *Inst, 2, 1, §, 36.*

(4) *D. 7, 4, 13, f. Paul. — 7, 1, 12, §. 5, f. Ulp.* Egli in ciò è ben differente dal possessore di buona fede, che a riguardo de' terzi è considerato come proprietario de' frutti dal momento che sono separati dal suolo. E però l' usufruttuario non avrebbe contro il ladro la *rei vindicatio*, nè la *condictio furtiva* che si danno solamente al proprietario, ma avrebbe l' *actio furti* come persona che avea interesse che il furto non fosse avvenuto.

(5) *D. 7, 1, 27, pr. f. Ulp.*

(6) *D. 7, 48, § 2, f. Ulp. — 23, 2, 42, f. Javol.* — Per esempio le olive affinchè portino un olio più delicato; il fieno affinchè sia più sottile; le melarance per mandarle fuori del proprio paese.

(7) *D. 7, 1, 26, f. Paul.; 58, f. Scaev.*

(8) *Inst. 2. 1. 38.*

(9) *D. 7. 1. 13. §§. 89, e 27. §. 1. f. Ulp.*

(10) *D. 7. 1. 15. § 1., e seg.*

(11) *D. 7. 1. 7. § 1.; 8. 13. § 4, etc. f. Ulp.*

(12) *D. 7. 1. 7. § 2. f. Ulp.*

dere da buon padre di famiglia, e di restituire alla fine dell'usufrutto ciò che rimarrà della cosa: « *Usurum se boni viri arbitratu, et, cum usufructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde extabit.* ». Un titolo del Digesto è consacrato a siffatta sicurtà (1).

1. *Usufructus a proprietate separationem recipit, idque pluribus modis accidit. Ut ecce si quis usumfructum alicui* legaverit; *nam heres nudam habet proprietatem, legatarius vero usumfructum. Et contra, si fundum legaverit,* deducto usufructu, *legatarius nudam habet proprietatem, heres vero usumfructum. Item alii usumfructum, alii, deducto eo, fundum legare potest. Sine testamento si quis velit usumfructum alii constituere,* pactionibus et stipulationibus *id efficere debet. Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum, et ad proprietatem reverti.*

1. L' usufrutto è separato dalla proprietà, e ciò avviene in più modi, come sarebbe se alcuno avesse lasciato l' usufrutto in legato, il perchè l'erede ha la semplice proprietà ed il legatario ha l' usufrutto. All' incontro s' egli lascerà in legato il fondo, levandone l' usufrutto, il legatario ha la semplice proprietà nuda, e l' erede l' usufrutto. Il testatore può similmente lasciar l' usufrutto ad uno, ed il fondo ad un altro, levandone l' usufrutto. Ma se alcuno vuole che altri abbia l'usufrutto senza lasciarlo in testamento, lo dee far per via di *patti, e di stipulazioni.* Ma acciocchè le proprietà non fossero per sempre inutili, essendone l' usufrutto sempre separato, piacque che l' usufrutto s' estinguesse per certi modi, e che ritornasse alla proprietà.

Questo paragrafo è relativo a'modi come si costituisce l' usufrutto. Gaio, Paolo, e soprattutto i frammenti del Vaticano ci porgono a questo soggetto delle nozioni preziose sul diritto antico (2). Noi le abbiamo già in parte esposte più sopra (p. 268) trattando dello stabilimento delle servitù, ora ci riman poco ad aggiugnere.

Da prima si vuol ben fermare la distinzione tra dare, e dedurre, o levar l' usufrutto (*dare, deducere usumfructum*). Dar l'usufrutto vuol dire trasferirlo a qualcuno, ritenendo la nuda proprietà; dedurlo per contrario significa dar la proprietà ad alcuno, ritenendone l'usufrutto. I modi indicati dal testo per costituir l' usufrutto, sono i legati, i patti e le stipulazioni; vi si dee aggiugnere l'aggiudicazione, e la legge in certi casi.

Relativamente a'legati aggiungeremo al testo alcune poche osservazioni. La prima è che questo era il modo più usato, e più favorevolmente interpetrato per lo stabilimento delle servitù personali (3). La seconda è che sotto Giustiniano, per regola generale il legato, quali che fossero i termini in cui era espresso, trasferiva sempre l'usufrutto come diritto reale, senza alcuna quasi-tradizione (4). La terza è che in questa spezie di legati non eravi intervallo niuno tra ciò che dicevasi *dies cedit*, e *dies venit*, cioè fra il momento, in cui il diritto eventuale al legato era fissato a favore del legatario (*dies cedit*), e quello in cui il legato era esigibile (*dies venit*). Così pe'legati ordinari il diritto eventuale al legato è acquistato e fissato in prò del legatario, in generale, dal giorno della morte; l' esigibilità non ha luogo che al tempo dell'(adizione) accettazione dell' eredità. Ma pel legato di usufrutto, il diritto non è fissato (*dies cedit*) se non quando diviene esigibile; perchè, dice Ulpiano, non vi ha usufrutto che quando qualcuno comincia a poter godere; cioè in generale all'accettazione di eredità (5). L' effetto principale del *dies cedit* pe' legati ordinari è di rendere il diritto eventuale trasmessibile agli eredi; questo effetto non può aver luogo per l' usufrutto, perchè questo è un diritto esclusivamente personale; ma morendo l' usufruttuario dopo il *dies cedit* trasmette a'suoi eredi ciò che a lui si è acquistato, vale a dire il diritto che a lui spetta sui frutti raccolti da questo giorno sino alla sua morte. Il *dies cedit* conserva eziandio la sua importanza per parecchi altri punti che noi spiegheremo trattando de'legati, e segnatamente per determinare le cose che debbono comporre il legato. Finalmente la nostra quarta osservazione cade su queste parole del paragrafo: *Item alii usumfructum, alii, deducto eo, fundum legare potest.* Queste parole sono spiegate da una legge del Digesto, nella quale vediamo che, se il testatore vuol legare ad uno l'usufrutto intero, ad un altro la proprietà nuda solamente, dee aver gran cura di legare a costui il fondo, *deducto usufructu*; percioc-

(1) *D. 7, 9, 1. e seg.*
(2) *Gai. 2. §§ 31. e seg. — Paul. Sent. 3. 6. §§ 17. e seg.— Vatic. J. R. Frag. §§ 41. e seg.*
(3) Ulpiano e Paolo non trattano dell' usufrutto che all' occasione dei legati; un titolo del Digesto è consacrato al legato di usufrutto (*D. 33: 2.*)
(4) *Inst. 2. 20. §. 2.*
(5) *D. 7, 3, 1, f. Ulp.* — « *Tunc enim constituitur usufructus, cum quis jam frui potest.* » Labeone avea pensato per contrario che il *dies cedit* doveva aver luogo pel legato di usufrutto come per gli altri legati (*Vatic. J. R. Frag. §. 60*).

chè se avesse legato il fondo (*fundum*) senza esprimere la deduzione dell' usufrutto, questo legatario avrebbe nel suo legato anche l'usufrutto, e lo dividerebbe con l'altro legatario (1).

Relativamente ai patti, ed alle stipulazioni, si dee tener presente ciò che abbiam detto per le servitù (quì sop. p. 265). All'epoca di Giustiniano i patti messi in una tradizione stabiliscono all'istante l'usufrutto come diritto reale: ma gli altri patti, e le stipulazioni fanno solamente nascer l'obbligazione di costituire l'usufrutto, il quale non esiste come diritto reale che dopo la quasi-tradizione, almeno questa è l'opinione che io adotto. Noi abbiam veduto il perchè di questa riunione del patto, e della stipulazione (quì sopra p. citat.).

L' aggiudicazione del giudice stabilisce l'usufrutto, come le servitù prediali, nelle azioni *familiae erciscundae*, *e communi dividundo* (2). Da ultimo la legge dà in alcuni casi l' usufrutto legale, come sarebbe l'usufrutto dato al padre sopra alcuni beni de' suoi figliuoli (3), di che fra poco avremo a trattare.

Quanto all'uso, o quasi-possesso, egli è cosa ben certa che mai non ha potuto nel diritto antico stabilire un diritto di usufrutto sia pel tempo dell' usucapione, sia anche per un tempo di cui non si abbia memoria (4); ma era comunemente ricevuto, che Giustiniano avesse nel suo Codice introdotto l'acquisto dell'usufrutto per dieci anni di uso contro i presenti, e venti contro gli assenti. Questa opinione è stata a dì nostri fortemente combattuta e scossa da un giureconsulto alemanno il Zimmern, ed è già abbandonata da parecchi scrittori (5).

II. *Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo, et aedibus, verum etiam in servis, et jumentis et caeteris rebus, exceptis iis, quae ipso usu consumuntur: nam hae res neque naturali ratione, neque civili, recipiunt usumfructum, quo numero sunt vinum, oleum, frumentum,* vestimenta; *quibus proxima est pecunia numerata, namque ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa senatus censuit posse etiam earum rerum usumfructum constitui: ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniae ususfructus legatus sit, ita datur legatario, ut ejus fiat, et legatarius satisdet heredi de tanta pecunia restituenda, si moriatur, aut capite minuatur. Ceterae quoque res ita traduntur legatario, ut ejus fiant, sed aestimatis his satisdatur, ut si moriatur, aut capite minuatur* tanta pecunia restituatur, *quanti hae fuerint aestimatae. Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (nec enim poterat), sed per cautionem* quasi usumfructum *constituit.*

2. L' usufrutto si costituisce non solamente sul fondo, e sulle case, ma eziandio sui giumenti, su' servi, e su tutte l' altre cose, fuor solamente da quelle che si consumano usando, perciocchè queste cose non ricevono usufrutto nè per naturale, nè per civil ragione, nel qual numero sono il vino, l' olio, il frumento, *le vesti* ed il denaro, il quale per lo continuo adoprarsi viene in certo modo a mancare. Ma il senato avendo riguardo all' utile, giudicò che si potesse eziandio ordinare usufrutto in cosiffatte cose con questo, che per tal riguardo fosse data buona cauzione all' erede. Laonde se l' usufrutto del danaro sarà per legato lasciato a qualcuno, il danaro vien dato al legatario acciocchè sia suo, ed il legatario all'incontro dee dar sicurtà all' erede di restituir altrettanti danari in caso ch' egli si morisse o facesse mutamente di stato. E così medesimamente tutte le altre cose si danno al legatario acciocchè sian sue, ma prima si fanno stimare, ed il legatario dà una cauzione all'erede di *restituire* in caso ch' egli morisse, o mutasse lo stato, *tanti danari* quanti sarà stimato valere le sopraddette cose. Il senato adunque non ordinò che tali cose in effetto avessero usufrutto (perciocchè non poteva), ma ordinò un quasi-usufrutto per via di sicurtà.

Quì si tratta della spezie di usufrutto che può essere stabilito sulle cose di consumo in forza delle disposizioni generali di un senato-consulto, la cui data è incerta; egli è fuor di dubbio, siccome già abbiam detto (quì sop. p. 272), che questa spezie di usufrutto non esisteva ancora al tempo di Cicerone, sicchè il senato consulto, per effet-

(1) *D. 33, 2, 19, f. Modest.* Qui si può aggiungere che l' uso, tranne il caso di una pruova in contrario, era sottinteso ne' frutti. Così quando erasi legato *fructus*, era come se si fosse legato *ususfructus*, salvo che non si fosse lasciato ad uno l'uso, ad un altro i frutti, e ad un terzo la proprietà (*D. 7, 8, 14, §. 1, f. Ulp.*)

(2) *D. 7, 1, 6, §. 1, f. Gai.*

(3) *Inst. 2, 9, §§ 1, e 2.*

(4) *D. 41, 3, 44, § 5. f. Papin.*

(5) Ved. intorno a ciò la *Themis t. 4, p. 373.; e t. 6, p. 333.* — La costituzione di Giustiniano è nel *Cod. lib. 7, tit. 53, constit, 12.* Dopo aver lungamente esposte e risolute delle difficoltà, che possono nascere relativamente all'assenza, ed alla presenza delle parti per la prescrizione di dieci, o venti anni, l'imperadore termina con questa frase: « *Eodem observando etsi res non soli sint, sed incorporales, quae jure consistunt, veluti ususfructus, et caeterae servitutes* ». Queste parole erano state intese nel senso che si applicassero all' acquisto delle servitù, e dell' usufrutto per la prescrizione. Del resto non v' è altro passo che indichi per l' usufrutto questo modo di acquisto. E però il Zimmern non ha creduto che il prolisso imperadore avesse introdotto sì gran cambiamento con sì poche parole, ed egli applica la frase del Codice solamente all'estinzione dell'usufrutto per dieci, o venti anni di non uso.

to del quale fu introdotto può riportarsi agli ultimi tempi della repubblica, o al regno di Augusto, o di Tiberio. Ulpiano ci ha tramandata la disposizione espressa del senato-consulto in questi termini: « *Ut omnium rerum, quas in cujusque patrimonio esse constaret ususfructus legari possit.* » Donde per induzione si è tratta la conseguenza, che si può legare l' usufrutto anche delle cose che si consumano usando. I comentatori han chiamato quest'usufrutto: *quasi-usufrutto*: locuzione che rigorosamente non appartiene al diritto romano, quantunque indi siasi dedotta, ma che si può ben adoperare, perchè è comoda ed anche esatta. I testi romani chiamano il diritto così stabilito sempre *usufrutto*, come può vedersi dal nostro paragrafo, e dall'intestazione stessa del titolo speciale del Digesto: *De usufructu earum rerum quae usu consumuntur, vel minuuntur* (1). Solamente Gaio, e dopo lui il nostro testo fan notare che il senato non ha potuto fare, che il diritto così legato fosse un usufrutto; ma però col mezzo del rimedio introdotto cominciò ad esser riguardato come un usufrutto: « *Sed, remedio introducto quasi ususfructus haberi* (2). Ecco l' origine della denominazione speciale di *quasi-ususfructus* divenuta volgare. Avvertite che nella decisione del senato riferita da Ulpiano parimente che negli altri testi che ci son rimasti, si tratta solamente di legati, dal che potrebbesi dedurre che la possibilità di costituire un diritto cosiffatto fosse stata introdotta pei legati solamente, e ad essi soltanto fosse ristretta.

È bene ancora osservare che l'usufrutto in questo caso ha grande analogia col prestito di consumo (*mutuum*); ma non pertanto ne differisce in più punti: nella maniera come si stabilisce, nel modo come si estingue, nella cauzione che si richiede dall'usufruttuario, ed in alcuni altri ancora.

Vestimenta. Due leggi nel Digesto mettono le vesti tra le cose che ricevono un vero usufrutto (3); le Istituzioni, tra quelle, sulle quali si stabilisce un usufrutto di cose di consumo. Infatti è a dire che secondo la loro natura, e la intenzione delle parti possono egualmente esser destinate o a darsi in piena proprietà, o a darsi soltanto ad usare.

Tanta pecunia restituatur. Il testo parla soltanto della stima delle cose, e della promessa di restituire il prezzo di questa stima. Gaio dice nel Digesto che si può o prender questa via che è più comoda (*quod et commodius est*), o assumer l' impegno di restituire gli oggetti nella medesima quantità, e qualità (4).

III. *Finitur autem ususfructus* morte *usufructuarii, et duabus* capitis deminutionibus, *maxima et media*, *et* non utendo per modum, et tempus: *quae omnia nostra statuit constitutio. Item finitur ususfructus*, si domino *proprietatis ab usufructuario* cedatur; *nam cedendo extraneo nihil agit; vel contrario si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur. Eo amplius si aedes incendio* consumptae fuerint, *vel etiam terrae motu, vel vitio suo corruerint, extingui usumfructum necesse est, et ne areae quidem usumfructum deberi.*

3. L' usufrutto finisce per morte dell' usufruttuario, e per due *diminuzione di capo*, cioè la grande e la media, ed eziandio non usando *nel modo convenuto, e pel tempo determinato;* le quali tutte cose sono state ordinate dalla nostra costituzione. L' usufrutto parimente finisce quando l' usufruttuario lo cede al padrone della proprietà, ma cedendolo a persona estranea non opera nulla; ovvero per il contrario, se l'usufruttuario acquisterà la proprietà della cosa, il qual' acquisto si chiama consolidazione. Oltre a questo è cosa chiara che *l'usufutto si estingue* se si abbruciano le case, o se per debolezza, o per terremoto rovinano, ed il terreno che rimane vacuo non è tenuto all' usufrutto.

Ora passiamo ai modi come finisce l'usufrutto. Il testo ne annovera cinque: la morte dell' usufruttuario, la sua deminuzione di capo, il non uso, la cessione, la consolidazione, e la perdita, o cangiamento della cosa (5).

Morte. Se l' usufrutto apparteneva ad una città, o corporazione, dovea estinguersi a capo di cento anni termine che ordinariamemente la vita dell' uomo non oltrepassa (6).

Capitis deminutionibus. Anche la piccola deminuzione di capo faceva un tempo perdere l'usufrutto. Così allorchè un capo di famiglia davasi in arrogazione, passando con tutti i suoi sotto la potestà dell' arrogatore i diritti di usufrutto si estinguevano, perchè erano esclusivamente annessi alla persona: or la primiera persona era estinta, ed assorbita in un'altra. Giustiniano decise in una costituzione, che non

(1) *Dig. 7. 5.*
(2) *Ivi 2, f. Gai.*
(3) *D. 7, 1. 15, § 4, f. Ulp.—7. 9. 9. §. 5 f. Ulp.*
(4) *D. 7. 5; 7, f. Gai.*

(5) Si può vedere ne' frammenti del Vaticano §§. *57, 61, e seg.* e delle Sentenze di Paolo *3, 6,* §§. *17, e seg.* questa materia secondo il diritto antico. (6) *7, 1. 56, f. Gai.*

sarebbe più così, e che tra le diminuzioni di capo, la grande e la media solamente estinguerebbero l'usufrutto (1). Una quistione fu discussa tra i romani giureconsulti; cioè se l'usufrutto che un capo di famiglia avea acquistato per mezzo del suo servo o del suo figliuolo dovesse estinguersi per la morte, alienazione o liberazione dello schiavo, e per la morte, o diminuzione di capo del figliuolo. Noi sappiamo da' frammenti del Vaticano che questa controversia applicavasi soltanto al caso di usufrutto legato *per vindicationem* allo schiavo, o al figliuolo di famiglia, e non all'usufrutto che avessero acquistato per via di stipulazione; perciocchè in quest' ultimo caso gli avvenimenti che colpivano il figliuolo o lo schiavo, non alteravano il diritto (2). Giustiniano senza più fare distinzione tra questi diversi casi, decide in una costituzione, che l'usufrutto non sarà estinto che per la morte, o pel mutamento di stato del capo di famiglia; egli vuole di più, che quando quest' usufrutto è stato acquistato per mezzo del figliuolo, esso usufrutto alla morte, o mutamento di stato del padre passi nel figliuolo (3).

Non utendo per modum et tempus. Queste dizioni significano, secondo la comune opinione: « pel non uso secondo il modo conveniente, e per il tempo determinato». In fatti se l'usufruttuario non avesse esercitato il suo diritto secondo il modo che o la natura dell' usufrutto imperiosamente richiede, o le parti han regolato tra loro, questo diritto, almeno sotto l'impero degli antichi principî, sarebbe stato perduto conformemente a ciò che abbiamo già esposto trattando delle servitù prediali (qui sopra p. 270) (4). Nondimeno il nostro collega Ducaurroy dà un altro senso alle parole del testo; egli le riguarda come immediatamente connesse colle parole che seguono, per modo che significhino: « Secondo il modo, e durante il tempo che la nostra costituzione ha determinato». Esse per tal modo farebbero allusione ad un cambiamento radicale, che la costituzione di Giustiniano avrebbe introdotto non solamente quanto alla durata del tempo, ma ancora quanto al modo prescritto per l'estinzione dell' usufrutto pel *non uso*. Noi adottiamo l'opinione comune, sì perchè la costruzione della frase a questa necessariamente conduce, e sì perchè questa è appunto quella che professsa Teofilo, nella cui parafrasi si legge: « Secondo il modo convenuto, e durante il tempo stabilito».

Quanto al cambiamento radicale, al quale il testo farebbe allusione, noi ci siamo già spiegati a riguardo delle servitù prediali (qui sopra p. 271). Questo cambiamento cade senza alcun dubbio sul tempo. Questo tempo era una volta lo stesso che quello dell'usucapione: un' anno pe' mobili; due per gli immobili; Giustiniano nella sua costituzione inserita nel Codice sotto il n.° 16. (lib. 3. tit. 33.) vuole che questo tempo sia il medesimo che quello stabilito per la perdita della proprietà: cioè tre anni pe' mobili, e per gl' immobili dieci anni tra presenti, e venti tra gli assenti. Ma il cambiamento introdotto dall'imperadore si limita a ciò che riguarda solo il tempo, o modifica egualmente il modo, cioè le condizioni richieste per l'estinzione? Noi abbiam riferite le parole della costituzione: « *Nisi talis exceptio usufructuario opponitur, quae etiam si dominium vindicaret, posset eum praesentem, vel absentem excludere* ». Il che interpretato alla lettera significa, che per respingere l'usufruttuario, bisognerebbe che un altro avesse posseduto di buona fede e con una giusta causa di acquisto almeno per la prescrizione di dieci, o venti anni. Dal che seguiterebbe che l'usufrutto non si estinguerebbe più effettualmente pel non uso, ma solo pel godimento di un' altro; che l' estinzione per dieci o vent' anni non potrebbe più avvenire, che in due ca-

(1) *Cod. 3, 33, 16.*

(2) La ragione della differenza è, che in un legato fatto allo schiavo, o al figliuolo la persona del padrone non vien considerata altrimenti che per sapere se vi ha fazione di testamento; pel rimanente nella persona dello schiavo, o del figliuolo risiede il legato *(Dig. 31, f. 82, §. 2, Paul.—Vatic. J. R. Frag. §. 75)*. Sicchè non si potrebbe legare una servitù prediale ad uno schiavo, o ad un figliuolo di famiglia pel fondo del padrone, salvochè non si tratti d'un fondo compreso nel loro peculio *(Vatic. J. R. Fr. §. 56, — D. 32, f. 17, §. 1, Marci. — D. 33, 3, 5, f. Papin.)* Per contrario nella stipulazione viene unicamente considerata la persona del padrone. Per questo modo si può spiegare il frammento di Paolo *(D. 45, 3, 3, 26, f. Paul., e Vatic. Frag. §. 55.* — Ved. Pellat *de la propriété et de l' usufruit,* p. 104*)*.

(3) *Cod. 3. 33, 17.*

(4) Tuttavia l' applicazione ne è molto più ristretta in fatto di usufrutto, che in fatto di servitù prediali; perciocchè basta usare per conservare il *jus fruendi*, o prendere alcuni de' frutti per conservare il diritto relativamente a tutti. Nondimeno supponete che il diritto di usufrutto fosse limitato a determinati frutti, per esempio a raccoglier tutte le uve, e che l'usufruttuario avesse raccolte tutte le biade, senza pur toccare le uve, a capo del tempo fissato egli avrebbe perduto il suo diritto. *(D. 7, 4, 20, f. Paul.)*

si: 1.° quello in cui un terzo acquirente avesse acquistato di buona fede sia il fondo come libero, sia l' usufrutto da tutt' altra persona che dall'usufruttuario, e ne avesse goduto a questo titolo; 2.° quello in cui il proprietario avesse acquistato di buona fede la libertà della sua cosa da un terzo che egli avesse creduto usufruttuario, e ne avesse goduto a questo titolo. Da questi due casi in fuori l'estinzione dell'usufrutto per dieci o venti anni non avrebbe alcuna possibile applicazione. Pel proprietario, che avesse goduto del suo fondo come libero non rimarrebbe che la prescrizione di trent'anni contro l'azione dell'usufruttuario (1). Questo sistema, che noi abbiam rigettato in quanto alle servitù prediali, lo rigettiamo egualmente per riguardo all'usufrutto. La costituzione 13. del Codice lib. 3. tit. 34. prova, che Giustiniano ha stabilito assolutamente lo stesso diritto per l' usufrutto, e per le servitù prediali, che per l'uno e per le altre egli ha ordinato la prescrizione di dieci o vent' anni di non uso, e non quella di trenta: egli parlando dell'usufrutto delle cose immobili dice positivamente: « *Ei decennii, vel viginti annorum spatium dedimus* »; adunque ciò che abbiam detto delle servitù prediali (quì sopra p. 270) si debb'estendere anche all'usufrutto.

Intorno alla piccola diminuzione di capo, ed al non uso vi ha ciò di notabile, che questi mezzi distruggevano l' usufrutto solamente quando il diritto ne fosse stato già acquistato. Se dunque il legatario pativa la piccola diminuzione di capo innanzi che l'eredità fosse accettata, o il legato fosse divenuto esigibile, egli non acquistava meno il diritto di usufrutto al tempo della scadenza. Questo avea dato origine presso i romani al legato d' usufrutto per ciascun anno, per ciascun mese, o per ciascun giorno (*in singulos annos, vel menses, vel dies.*) Un somigliante legato non costituiva un diritto unico di legato; ma tanti diritti distinti, ciascuno de'quali cominciava in ciascun anno, mese, o giorno, per modo che il non uso non poteva trar seco la perdita di questi diritti, e la diminuzione di capo non poteva estinguere che l' usufrutto dell' anno, del mese, o del giorno cominciato (2).

Si domino cedatur. Questo passo è trattato da Gaio (3), ma è mutilato. Ne' comentarî di questo giureconsulto trattavasi dell'*in jure cessio*. Siffatta cessione essendo una revindicazione simulata, seguita dalla dichiarazione, che l' usufrutto si apparteneva al revindicante, non poteva farsi regolarmente che dal proprietario a colui al quale ei voleva donar l'usufrutto o dall'usufruttuario al proprietario, al quale ei voleva render l' usufrutto. Se l' usufruttuario l'avesse fatta ad un terzo, sarebbe stata assolutamente nulla e senza effetto (*nihil agit*), almeno secondo l'avviso di Gaio; perciocchè l' usufrutto essendo un diritto annesso alla persona, non poteva esser rivendicato da altri, nè dichiararsi che ad altri appartenesse (4). Sotto Giustiniano la cessione *in jure* non esiste più, e la frase di Gaio che quì mal'a proposito si è inserita, non dee più altrimenti esser presa che nel senso, che l' usufruttuario non può trasferire ad altri il suo diritto in se medesimo, comechè possa cederne l'esercizio.

Consumptae fuerint. Perchè l'usufrutto si estingua non è necessario che la cosa sia interamente perita, è sufficiente ch' essa non sia più quella ch'era in prima, che sia distrutto ciò che formava il principale, l'essenziale nella sua maniera di essere; e questo esprime Giustiniano, dicendo ch' esso spira con la sostanza della cosa (*cum rei substantia expirare*); ed anche per questa ragione Paolo dice *rei mutatione* (5). Sicchè, distrutto l' edifizio, nè il suolo, nè le ruine son più soggette all' usufrutto; ed il diritto non rinasce, come nelle servitù prediali, dopo la riedificazione. Ridotto il gregge ad un sol capo, si estingue l'usufrutto, non si estende sul cuoio, etc. (6).

Ci sono ancora degli altri casi di estinzione, come sarebbe il termine, o la condizione, quando l'usufrutto si è stabilito fino ad un certo tempo, o ad una determinata condizione. Di tutti questi modi di estinzione solo la morte, o le diminuzioni di capo

---

(1) *Cod. 7. 39. 5.*

(2) *D. 7, 4, 1, §§. 1. e seg. f. Ulp. — Ivi 28, f. Paul.*

(3) *Gai. 2. §. 30.*

(4) Nondimeno risulta da un frammento di Pomponio (*D. 23, 3, 66*), che l' opinione di Gaio non era la sola ammessa tra i giureconsulti romani. Seconde Pomponio l' *in jure cessio* senza dubbio non potrà trasferire l'usufrutto ad un terzo rivendicante, ma l'usufruttuario non avrà più che pretendervi, giacchè egli non ha contrastato che questo usufrutto appartenesse ad altri; l'usufrutto adunque finirà, e farà ritorno alla proprietà. Ved. delle idee analoghe in ciò che lo stesso Gaio dice della cessione *in jure* di un' eredità (*Gai. 2, §§. 35, e 36*). Ved. ancora Pellat *De la propriété et de le usufruit* p. 99.

(5) *Cod. 3, 33, 16, §. 2. — Paul. Sent. 3. 6. §. 31.*

(6) *D. 7, 4, 12, f. Ulp. 30, f. Gai. e 31, f. Pomp.*

dell' usufruttuario, il termine, o la condizione possono applicarsi alle cose che si consumano usando.

IV. *Cum autem finitus fuerit totus ususfructus, revertitur ad proprietatem, et eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem.*

4. Quando l' *usufrutto è tutto* finito, si ritorna alla sua proprietà, ed il padrone della semplice proprietà comincia allora ad aver piena potestà sulla cosa.

Totus ususfructus. L' usufrutto non essendo indivisibile, come le servitù prediali, potrebbe estinguersi in parte, ed allora solo la parte estinta si riunirebbe alla proprietà. Così sarebbe se, per esempio, un testatore avesse legato a Tizio l' usufrutto della metà di una casa, ed a Seio l'usufrutto dell' altra metà. Ma se il testatore avesse legato a Tizio, ed a Seio congiuntamente l'usufrutto di tutta la casa, o anche separatamente a Tizio l' usufrutto di tutta la casa, a Seio l'usufrutto della medesima casa; in questa ipotesi dopo la morte del testatore, essendosi l' usufrutto diviso tra i due legatarî, se uno di essi venisse a morire, la sua parte non ritornerebbe alla proprietà, ma per diritto di accrescere si riunirebbe a quella del collegatario sopravvivente. Questo diritto di accrescere importantissimo ne'legati ha ciò di particolare nell'usufrutto, che produce il suo effetto anche dopo la scadenza del legato di usufrutto, e l'esercizio di questo diritto (1).

TITULUS V.

DE USU, ET HABITATIONE.

TITOLO V.

DELL' USO, E DELL' ABITAZIONE (2).

Noi quì seguiremo interamente la teorica del Thibaut, e del Ducaurroy. L'uso può esser separato da' frutti, ed allora vien detto *nudus usus*: *Constituitur etiam nudus usus, id est sine fructu* (3); in questo caso l'usuario ha il diritto di usare, ma non di raccogliere i frutti: *Uti potest, frui non potest* » (4). Noi di già abbiamo indicata la differenza tra questi due diritti (quì sopra p. 265). L'usuario ha tutto l'uso, perciocchè questo diritto è per lui separato dalla proprietà, ed è anche dai romani riguardato come indivisibile, quindi non si può nè acquistare, nè perdere in parte (5). È dunque un grave errore il credere che l'usuario non abbia diritto all'uso che fino alla concorrenza dei suoi bisogni; egli non è obbligato di lasciarne a colui al quale si appartengono i frutti, che quel tanto che è indispensabile per far nascere, e raccogliere questi frutti. Ma l'usuario non può assolutamente prendere alcun prodotto della cosa, nè frutto naturale, nè frutto civile. Egli dunque non può affittare, nè vendere ad altri l'esercizio del suo diritto, perciocchè il prezzo ch'ei ritrarrebbe, sarebbe un prodotto, un frutto civile. Tale era il diritto rigoroso. Nonpertanto l' interpetrazione de' giureconsulti vi ha successivamente apportato talune modificazioni. Così talvolta perchè il solo uso della cosa non avrebbe recato alcun prò, talvolta perchè le volontà de' testatori debbono esser favorevolmente interpretate, la giurisprudenza ha dato all'usuario taluni frutti, e questo diritto eccezionale è stato ristretto ai suoi bisogni giornalieri. Alcune volte gli si è anche lasciata la facoltà di affittare, ma tutte queste concessioni non debbon esser prese per la regola generale, di cui non sono che eccezioni. Il testo viene ad offrirci l' applicazione di tutti cosiffatti principî.

Iisdem illis modis quibus ususfructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet; iisdemque illis modis finitur, quibus et ususfructus desinit.

Per quei modi che si stabilisce l'usufrutto, per quei medesimi si suole stabilire l'uso semplice, e finisce per quei modi, per i quali finisce anco l'usufrutto.

I. *Minus autem juris est in usu, quam in usufructu. Namque is qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, foeno, stramentis, et lignis ad usum quotidianum utatur. In eo quoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis per quos opera rustica fiunt impedimento. Nec ulli alii jus quod habet aut locare, aut vendere,* aut gratis concedere *potest: cum is qui usumfructum habet possit haec omnia facere.*

---

(1) *Ved. al Dig. lib. 7.* il titolo consacrato a questo soggetto: *De usufructu adcrescendo.*

(2) Il sistema del nostro diritto francese su questa materia differisce compiutamente da quello de' romani.

(3) *D. 7. 8. 1. f. Gai.*

(4) *Ivi 2. f. Uulp.* Questo diritto dunque è *jus rebus alienis; salva earum substantia utendi, sed non fruendi.*

(5) *Ivi 19. f. Paul.*

1. Ma il diritto è minor nell' uso che nell' usufrutto. Imperocchè colui che ha l' uso semplice del fondo, non s' intende che abbia altro che l'uso quotidiano degli erbaggi, de' frutti, de' fiori, del fieno, dello strame e delle legna. E può dimorar nel medesimo fondo ogni volta ch'ei non sia molesto al padrone del fondo, nè d' impedimento a' lavoratori; e non può ad alcun altro affittare, o vendere, o donare il diritto ch' egli ha, le quali tutte cose può far colui che ha l' usufrutto.

Questo paragrafo è relativo all'uso d'un fondo rustico. Ciò che l'usuario ha in questo caso per la natura del *jus utendi* è la facoltà di dimorare, di passeggiare, di farsi portare sul fondo (*deambulandi et gestandi*); di usare egli solo dell' abitazione per intero, tanto se sia un semplice fondo rustico, quanto se sia una casa di delizia (*villae et praetorii*); di servirsi egli solo delle cantine da ripor vino o olio, finalmente d' impedire al padrone, o alle sue persone di venir sul fondo, tranne che non vengano per la coltura (1). Ma questi diritti d'uso sono in effetti poca cosa per quanto riguarda il fondo; e però i giureconsulti per estensione cedettero all'usuario alcuni frutti pe' suoi bisogni quotidiani. Intorno a ciò non eran tutti di accordo; alcuni concedevano ed altri negavano taluni prodotti, come la paglia, l'olio, le biade; taluni volevano che l'usuario non potesse consumar questi frutti che sul luogo medesimo, altri gli permettevano di trasportarli in città. Le quali concessioni, al dire d'Ulpiano, debbon essere regolate secondo la quantità dei prodotti che dà il fondo (*si abundent in fundo*), e secondo la dignità dell' usuario (*pro dignitate ejus cui relictus est usus*).

Aut gratis concedere. L'usufruttuario ha diritto a tutto l'uso ed a tutti i frutti, poco importa al proprietario se egli stesso li prenda, o qualche altro; egli dunque può cedere ad altri l' esercizio del suo diritto. L'usuario anche ha tutto l'uso. Perchè dunque non gli è permesso di farne profittare un altro? La ragione è, che affittando, o vendendo i benefizi dell'uso, non si userebbe più della cosa, ma se ne caverebbe un prodotto civile. Era mestieri che si vietasse eziandio la cessione gratuita, la quale sarebbe stata un mezzo di eludere la proibizione, e da un altro lato il piacere di donare è anch'esso, pel donante, un prodotto, giacchè esso è l'equivalente, la rappresentazione del prezzo della cosa donata. Ecco perchè nel diritto romano l'uso quantunque comprenda tutti i servigi, deve esclusivamente essere esercitato dall'usuario (2).

II. ***Item, is qui aedium usum habet, hactenus jus habere intelligitur ut ipse tantum habitet: nec hoc jus ad alium transferre potest. Et vix receptum esse videtur, ut ospitem ei recipere liceat, et cum uxore liberisque suis, item libertis, nec non aliis liberis personis, quibus non minus, quam servis utitur, habitandi jus habeat; et convenienter, si ad mulierem usus aedium pertinet, cum marito ei habitare liceat.***

2. Similmente colui che ha l' uso delle case, si intende che abbia il diritto di abitarle egli solamente, e non può trasferir questo diritto a niuno altro, e par che appena si sia conceduto ch' egli possa ricevere un forestiere in casa, e che possa abitar con la moglie, con i suoi figliuoli, co' liberti, e con altre persone libere, dell'opera delle quali si serve non meno che degli schiavi; e che se l'uso delle case sia lasciato alla donna, ella vi possa abitare insieme col marito.

Per quanto sia poco numerosa la famiglia dell'usuario, il proprietario non può occupare la menoma parte della casa, perciocchè l'usuario ha il *jus utendi* in totalità (3). Ma questi dee usarne egli stesso; il testo c' indica le concessioni che gli sono state fatte a questo riguardo. Noi vediamo anche nel Digesto che, se abitando la casa egli vi ricevesse un locatario, non gli si dovrebbe invidiar questo guadagno (4).

III. ***Item is, ad quem servi usus pertinet, ipse tantum operibus et ministerio ejus uti potest; ad alium vero nullo modo jus suum transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est et in jumento.***

3. Parimente colui al quale appartiene l' uso dello schiavo, può egli solamente servirsi dell' opera di lui, ma non gli è conceduto in modo alcuno ch' egli trasferisca il suo diritto in altra persona. Il medesimo s' intende essere pel giumento.

L'uso di uno schiavo, o d'una bestia da soma, essendo per se stessi di molto vantaggio, non è paruto dover dare alcuna estensione a questo diritto. Del resto il capo di famiglia è sempre reputato di usare egli stesso, quando adopera la cosa per mezzo della sua donna, o dei suoi figliuoli, perocchè l'uso di ogni cosa è comune tra il marito, e la moglie (5).

(1) *D. 7. 8. 10. §. 4.; 12. p. §. 1. f. Ulp.*

(2) Nel diritto francese siccome l'uso è il diritto di prendere de' frutti pe' bisogni quotidiani, e questi bisogni variano con le persone, questa è la ragione che impedisce di cedere l'esercizio del diritto.

(3) *D. 7. 8. 22. §. 1. f. Pomp.*

(4) *Et si pensionem percipiat dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum (D. 7. 8. 4. f. Ulp.)*

(5) *D. 7. 8. 9. f. Paul.; 12. §. 5. f. Ulp.*

IV. *Sed et si pecorum, veluti ovium usus legatus sit, neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usuarius, quia ea in fructu sunt. Plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest.*

4. Ma se l'uso del bestiame, delle pecore per esempio, sarà lasciato per legato, l'usuario non ne avrà nè latte, nè agnelli, nè lana, perciocchè cosiffatte cose sono in conto di frutto; ma può usar il bestiame ad ingrassar i suoi terreni.

Tal'è il diritto rigoroso. Ma quest'uso del bestiame è quasi che nullo; e però Ulpiano dice nel Digesto, ch'egli pensa poter l'usuario prendere un pò di latte, perchè qui si tratta di legato, e le volontà del defunto non debbono ricevere un' interpetrazione così rigorosa (1).

Vi ha dei casi in cui il legato d'uso è al tutto assomigliato al legato di usufrutto. Tale è secondo una decisione di Adriano il legato d'uso sopra un bosco ceduo, perocchè senza quest'interpetrazione quest'uso sarebbe inutile (2); tale è eziandio il legato d'uso sopra cose che si consumano usando (3).

L'uso, i frutti, e la nuda proprietà possono esser separati, ed appartenere a tre persone differenti: « *Poterit autem apud alium esse usus, apud alium fructus, sine usu, apud alium proprietas* » (4). In questo caso l'usuario prenderà in generale tutto l'uso, tutti i servigi, e di più tutti i frutti che per estensione gli son conceduti; quegli al quale son dovuti i frutti, prenderà tutti i frutti, tranne quelli conceduti all'usuario; egli avrà ancora diritto all'uso necessario per coltivare, e raccogliere; tutti gli altri diritti apparterranno al proprietario (5).

V. *Sed si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus: quam habitationem habentibus propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam, nostra decisione promulgata, permisimus non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.*

5. Ma se per via di legato, o per altro modo qualunque sarà stata data l'abitazione a qualcuno, non par che questo sia uso, nè usufrutto, ma quasi un certo particolar diritto. Noi per utilità della cosa abbiam permesso per nostra decisione pubblicata secondo il parer di Marcello, che coloro i quali hanno l'abitazione, non solamente possano abitare, ma eziandio affittare ad altre persone.

Le sole nozioni storiche possono spiegare la differenza dell'abitazione con l'uso, e l'usufrutto. L'abitazione non era da prima annoverata tra le servitù personali; giacchè non se ne conoscevano altre relativamente ad una casa che l'uso, o l'usufrutto. Ma se un testatore lega l'*abitazione*: che cosa conterrà siffatto legato? Qui vi ha gran controversia: secondo alcuni la casa stessa, l'abitazione debb'intendersi che sia lasciata in proprietà (6); secondo altri la semplice facoltà di abitare; ma per quanto tempo? Anche intorno a ciò vi ha dissidenza; secondo alcuni per un anno, perciocchè non si è voluto dar alloggio al legatario per un giorno solo, nè per tutta la sua vita; secondo altri per tutta la sua vita (7). Questo avviso è prevaluto. Ciò posto qual benefizio darà il legato di abitazione? quello di occupare la casa con la sua famiglia come nell'uso, o quello di affittarla come nell'usufrutto? Su questo punto nuova controversia; nondimeno la maggiór parte negavano la facoltà di affittare. Ma l'abitazione così regolata, ed assomigliata quanto a'suoi effetti all'uso (*effectu quidem*) non gli era però al tutto assomigliata quanto alla sua natura. L'abitazione non costituiva una vera servitù personale, essa non era, propriamente parlando, un diritto unico, uno smembramento del dominio, ma solamente un fatto, un vantaggio quotidiano aperto ed acquistato giorno per giorno al legatario: « *Tale legatum in facto potius, quam in jure consistit* » (8). In conseguenza mai non poteva perir pel non uso, o per la piccola diminuzione di capo (9). Tale è la sua natura anche sotto Giustiniano, il quale la considera come una servitù particolare, e l'avvicina ne' suoi effetti all'usufrutto concedendo il diritto di affittare.

Del lavoro degli schiavi.

Il legato del lavoro d'uno schiavo (*operarum servi*) era anche meno che l'abitazio-

(1) *Hoc amplius, etiam modico lacte usurum puto; neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum* (Ivi § 2.)
(2) *Ivi 22. f. Pomp.*
(3) *D. 7. 5. 5. §. 2. f. Ulp.*
(4) *D. 7. 8. 14. § 3. f. Ulp.*
(5) *Si alii usus, alii fructus ejusdem rei legetur, id percipiet fructuarius quod usuario supererit. Nec minus et ipse fruendi causa et usum habebit* (D. 7, 1, 42, f. Florent.)
(6) *Cod. 3, 33, 13.*
(7) *D. 7, 8, 10, § 3, f. Ulp.*
(8) *D. 4, 5, 10, f. Mod.*
(9) *D. 7, 8, 10, pr. f. Ulp.*

ne, una vera servitù personale. Un tal legato dava al legatario il diritto di profittar de' servigii, e del lavoro dello schiavo, ed ancora di affittarli, nella qual cosa rassomigliava all'usufrutto. Ma del pari che l'abitazione questo diritto era un vantaggio quotidiano aperto ed acquistato giorno per giorno, il quale non si estingueva nè per la piccola diminuzione di capo, nè pel non uso. Che anzi (e ciò compiutamente lo separa dalle servitù personali) la morte del legatario non lo estingueva, ma esso passava a' suoi eredi, che ne godevano fino a che lo schiavo non si morisse. Se alcuno acquistava questo schiavo per usucapione, il diritto al lavoro era estinto (1). Giustiniano ha consacrato a questa materia un titolo del Digesto tra l'usufrutto, e l'uso, mettendo così in certa guisa questo diritto nel numero delle servitù personali, dalle quali tanto differisce per sua natura.

VI. ***Haec de servitutibus, et usufructu, et usu, et habitatione dixisse sufficiat. De hereditatibus autem, et obligationibus, suis locis proponemus. Exposuimus summatim quibus modis jure gentium res acquiruntur, modo videamus quibus modis legittimo et civili jure acquiruntur.***

6. Ora basti aver detto fin qui delle servitù, dell'usufrutto, dell'uso, e dell'abitazione. Dell'eredità, e delle obbligazioni diremo a suo luogo. Abbiamo sommariamente esposto in che modo le cose si acquistino da noi per diritto delle genti, ora vediamo per quali modi si acquistino per diritto legittimo, e civile.

Questo paragrafo ci mostra quanto sia irregolare l'andamento delle istituzioni. Dopo aver trattato della divisione delle cose, si è passato ai modi naturali di acquistarle, di poi si è ritornato alla divisione delle cose corporali, ed incorporali, quindi dopo aver trattato delle servitù, lasciando per ora le eredità, e le obbligazioni, si torna di nuovo ai modi di acquistare per esporre quelli che appartengono al diritto civile.

AZIONI RELATIVE ALLE SERVITU'.

Non essendo le servitù, in quanto son cose incorporali, suscettive di vero possesso, gl'interdetti generali dati dal pretore per proteggere il possesso non potevano rigorosamente applicarsi nel caso di servitù. Nonpertanto perchè erasi ammessa per queste una spezie di possesso, fu forza, come dice Giavoleno, che medesimamente si ammettessero degl' interdetti in certo modo possessorii (*Interdicta veluti possessoria*) (2). Così gl'interdetti generali *uti possidetis*, ed *utrubi*, dati per far mantenere il possesso, il primo a riguardo degl' immobili, il secondo a riguardo de' mobili, e l'interdetto *unde vi*, dato per farlo restituire, quando per violenza si era tolto, furono applicati alle servitù tanto personali, quanto reali, non già direttamente, perciocchè questo non era il caso preciso di siffatt'interdetti, ma *utilmente*, per estensione, e per ragione di utilità, e modificando la formola secondo la natura particolare di cosiffatti diritti. La qual cosa chiaramente possiam vedere, a riguardo dell'usufrutto; ne' Frammenti del Vaticano, i quali ci han conservate alcune di queste modificazioni formolarie (3). Inoltre, e probabilmente innanzi che si facesse questa estensione utile degl'interdetti generali, parecchi speciali interdetti erano stati dal pretore introdotti per proteggere particolarmente il quasi possesso di certe servitù rustiche più antiche, e più importanti nell'economia sociale de' romani. Tali erano: l' interdetto *de itineri actuque privato* relativo al diritto di passaggio, o di condotta; *de aqua quotidiana et aestiva* per le servitù degli acquidotti; *de fonte* pel diritto di attingere, ed abbeverare. Quest'interdetti aveano per iscopo di mantenere nel lor godimento quelli che per un anno aveano usato di tali diritti *nec vi*, *nec clam*, *nec precario* (4). Altri ne eran dati per vietare che s'impedisse colui che godeva della servitù dal fare i lavori necessarî pel suo esercizio: l'interdetto *de ripis* per la riparazione de' condotti di acqua; *de cloacis* per quella delle fogne (5).

In quanto alla rivendicazione delle servitù prediali, o personali, due azioni vi erano presso i romani; l'azione confessoria, e l'azione negatoria (*actio in rem confessoria*; *actio in rem negatoria*). La prima si dava al proprietario della servitù contro colui che contrastava il suo diritto, o che vi metteva ostacolo, per sostenere che la servitù gli apparteneva. In questo caso non si trattava di pronunziare sul fatto, sul possesso, ma sul diritto medesimo. L' attore poteva intentar quest'azione anche quando trovavasi nel quasi-possesso della servitù, per la sola ragione che gli si voleva recar mo-

(1) *D. 7, 7, 5, Terent. 55, 2, 2, f. Pap.*
(2) *Dig. 8, 1, 20, f. Javol.*
(3) *Vatic. J. R. Fragm. §§ 90, a 93. — Dig. 43, 16, 3. §§. 13. e seq. 43, 17, 4, f. Ulp.*
(4) *D. 43, tit. 19, 20, e 22.*
(5) *Ivi 21, 23.*

lestia nel suo esercizio. L'azione negatoria si dava al proprietario del fondo, o della cosa contro colui che vi prendeva, o voleva prendervi un diritto di servitù, per sostenere ch'egli non avea questo diritto, e che la cosa era libera da questa servitù. Bisogna bene avvertire di non considerare quest'azione, come la difesa contro l'azione confessoria: l'azione è un mezzo di attacco, non di difesa; e quì il proprietario è quello che attacca; la sua azione è reale, perchè egli rivendica la sua cosa, o piuttosto la servitù, la frazione del dominio che gli si vuol torre, sostenendo che niuno si abbia questo diritto, e che per conseguenza questa frazione appartenga a lui. Siffatta azione ha, come l' azione confessoria, ciò di particolare, che quantunque sia reale, può esser intentata anche da colui che è in possesso, dal momento che si pretende usurpare la sua proprietà (1).

In certi casi si poteva eziandio avere delle azioni personali (*in personam*) relativamente a servitù. Per esempio se una servitù fosse stata promessa in un patto inserito non già nella tradizione, ma in un atto di vendita (*actio empti*, o *venditi*); ovvero se fosse stata promessa per via di stipulazione con clausola penale (*actio ex stipulatu*) (2).

DIRITTI REALI DIVERSI DALLA PROPRIETA', E DALLE SERVITU'.

Oltre la proprietà, e le differenti servitù la cui esistenza rimonta fino agli antichi tempi del diritto civile romano, più tardi nella progressione storica delle istituzioni si sono introdotti tre altri diritti reali, che sono delle frazioni, o modificazioni notabili della proprietà, e che quì si debbono indicare per dar compimento alla enumerazione de' diritti reali, che in quanto ai beni si possono avere.

Questi tre diritti reali sono: il diritto di enfiteusi (*jus emphyteuticarium* o semplicemente *emphyteusis*); il diritto di superficie (*jus superficiarum*; o semplicemente *superficies*); e il diritto di pegno o ipoteca (*pignus* o *hypotheca*). Il primo appartiene al diritto civile, nel quale ha preso origine a poco a poco, e per via indiretta per una tal somiglianza con le istituzioni di già stabilite, e nel quale non si è ben determinatamente manifestato con un carattere tutto suo, se non negli ultimi tempi del Basso Impero poco prima di Giustiniano. Gli altri due sono di creazione pretoria.

La cagione perchè queste spezie di diritti reali non si trovano negli scritti della giurisprudenza romana al medesimo livello che la proprietà e le servitù, è senza dubbio da recarsi alla loro origine tardiva, o estranea al diritto civile. Le Istituzioni di Giustiniano passando interamente sotto silenzio il diritto pretorio di superficie, non trattano del diritto di enfiteusi che all' occasione del contratto nel quale si conviene di stabilirla (quì appresso lib. 3, tit. 24, § 3.), e del diritto di pegno o ipoteca, all'occasione dell'azione che nasce da questo diritto (quì appresso lib. 4, tit. 6, § 7.). Quivi noi, per seguir l'ordine del testo, ne tratteremo in particolare contentandoci per ora di darne la nozione generale.

L'enfiteusi considerata indipendentemente dalle convenzioni che la regolano, dalle obbligazioni che l'accompagnano, unicamente come diritto reale, è uno smembramento particolare del diritto di proprietà più esteso che l' usufrutto medesimo, il quale si applica soltanto agl'immobili, da prima ai soli fondi rustici, e di poi agli edifizî. Chiamasi enfiteuta (*emphyteuta*, qualche volta *emphyteuticarius*, anticamente *conductor*) quegli che ha questo smembramento; e *praedium emphyteuticarium* (anticamente *ager vectigalis*) l'immobile che ne forma l'oggetto; quegli al quale rimane il resto del diritto di proprietà conserva il titolo di proprietario (*dominus*).

L'enfiteuta non solamente ha, come l'usufruttuario, il diritto di ritrarre tutt'i servigi, e tutt'i frutti dall'immobile, ma è anche possessore; i frutti si acquistano da lui per la semplice separazione dal suolo; egli può disporre della sostanza della cosa, e farvi tutte le modificazioni che vuole, purchè non la deteriori; egli può alienare il suo diritto, e trasferirlo ad altri o durante la sua vita, o pel tempo della sua morte, però sotto alcune riserve e condizioni concedute al proprietario. In fine questo diritto non finisce, come l'usufrutto con l'enfiteuta, ma passa ereditariamente a' suoi successori testamentarii, o *ab intestato*.

Il diritto di enfiteusi si produce costantemente con diverse obbligazioni personali all'enfiteuta, di cui la principale è di pagare al proprietario in epoche periodiche sta-

(1) Questa circostanza, che l'azione *in rem* può essere intentata anche dal possessore, è tutta particolare, e richiede delle spiegazioni che più innanzi daremo. Ved. su queste azioni *Inst. 4, 6*, § *2. D. 7, 6, — 8, 5*.

(2) V. quì sopra p. 266.—*D. 8, 2, 35, f. Marcian*.

bilite un censo che chiamasi *pensio*, o *canon*. Questo censo è dovuto al *dominus* non solo come adempimento dell' obbligazione personale dell'enfiteuta, ma eziandio come conseguenza del diritto reale di proprietà, ch'egli ha conservato sull'immobile.

Il diritto di enfiteusi, nel fatto, vedesi stabilito usualmente presso i romani in esecuzione di una particolare convenzione, che gli antichi giureconsulti riguardavano alcuni come vendita, altri come affitto, ma che l'imperadore Zenone le attribuì un'esistenza, un nome (*emphyteusis*), ed un' azione (*emphyteuticaria actio*) esclusivamente propria. Ma si vuol por mente che questo contratto non ha altro effetto che quello comune a tutt' i contratti, cioè di obbligare le parti, ma non produce il diritto reale di enfiteusi: perchè questo diritto reale esista, è necessario che se ne sia avuta la quasi tradizione.

Stabilito il diritto di enfiteusi, benchè l'enfiteuta non sia proprietario, pure gli si concedono per la protezione di questo diritto, ma solamente sotto la qualifica di azioni utili, le azioni ordinariamente attribuite ai proprietarî (*utilis vindicatio, utilis publiciana, utilis confessoria vel negatoria etc.*) (1).

Il diritto di superficie (*jus superficiarium*, o solamente *superficies*) è un diritto reale analogo a quello che ha l' enfiteuta sul fondo enfiteutico, ma che ha per oggetto solamente la superficie d'un terreno (*superficies*), vale a dire ogni costruzione elevata al disopra del terreno. Il superficiario (*superficiarius*) ha così, ma solamente in quanto alla superficie, uno smembramento esteso della proprietà, e gli si danno a quest'oggetto, come all'enfiteuta, sotto la qualifica di azioni utili, le stesse azioni che si danno al proprietario. Siffatta concessione gli può esser fatta gratuitamente, o a titolo oneroso, col carico di pagare un prezzo per una volta sola, o un censo periodico (*solarium, pensio*). Per siffatte convenzioni non vi è un contratto particolare, ma solamente le forme ordinarie de' contratti; e si avverta bene, che il contratto così qui come a riguardo dell'enfiteusi, non ha che il suo consueto effetto, cioè di produrre obbligazione tra le parti; ma per lo stabilimento del diritto reale si richiede che sia seguito dalla quasi. tradizione. Questo diritto, e la protezione che gli è conceduta non appartengono al diritto civile, ma sono di origine pretoria (2).

Il diritto di pegno o ipoteca (*pignus, hypotheca*) considerato non già sotto l'aspetto del contratto o della convenzione che lo costituisce, ma unicamente come diritto reale, è un diritto, pel quale una cosa si trova destinata per sicurezza al pagamento di un debito. Questo diritto può aver per oggetto così i mobili, come gl'immobili, così le cose incorporali, come le corporali.

I vantaggi che esso conferisce al creditore con pegno, o ipotecario sono: 1.° il diritto di far vendere la cosa per esser pagato sul prezzo (*jus vendendi, seu distrahendi*) 2.° il diritto d' esser pagato sul prezzo in preferenza degli altri creditori; 3.° il diritto di rivolgersi contro i terzi detentori per garentia, ed esercizio de' diritti sopraddetti. Tra diverse ipoteche il diritto di preferenza si determina per la data del loro stabilimento; il primo in data, è il primo in grado: « *Potior tempore, potior jure.* » Tuttavia vi ha talune ipoteche, alle quali, per eccezione ed indipendentemente dalla loro data, si è conceduto uno special diritto di preferenza, le quali prendono grado non secondo il tempo del loro stabilimento, ma secondo il grado di favore col quale son riguardate, e le quali primeggiano così anche sulle ipoteche stabilite prima di esse. I moderni han dato alle ipoteche che godono di questa preferenza il titolo di ipoteche *privilegiate*, o il nome di *privilegi*: denominazioni che i romani non hanno usato in questo senso tecnico e speciale.

Benchè sotto il riguardo del contratto o della convenzione che serve a costituire il diritto ipotecario si distingua il pegno (*pignus*) dall'ipoteca (*hypotheca*), e si riservi spezialmente la prima denominazione pel caso in cui la cosa obbligata al pagamento del debito è data in mano del creditore, mentre la seconda più comunemente si usa pel caso che questa consegna non abbia luogo, pure in quanto al diritto reale che ne risulta, le due espressioni sono interamente sinonime, e sotto questa relazione è esatto il dire secondo Marciano: « *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt* ».

Questo diritto reale di origine, e di sanzione tutta pretoria, presenta questa particolarità ben notabile, che la sola convenzione senza alcuna tradizione, o quasi-tradizione

(1) Vedi su questa materia: Dig. 6, 3, *Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur*—Cod. 4, 66. *De jure emphyteutico* — Nov. 7, c. 3,; e nov. 120. (2) V. Dig. 43, 8. *De superficiebus*.

è sufficiente a costituirlo in qualità di diritto reale.

Il creditore ipotecario ha, per esercitare il suo diritto contro ogni detentore della cosa ipotecata, un'azione reale pretoria detta *quasi-serviana*, ed alcune volte *vindicatio pignoris*, *pignoris persecutio*, *hypothecaria*, *pignoratitia actio*, benchè quest'ultimo nome sia spezialmente riservato all'azione personale, che ha per oggetto l'adempimento delle obbligazioni nate dal contratto di pegno (1).

TITULUS VI.

DE USUCAPIONIBUS, ET LONGI TEMPORIS POSSESSIONIBUS.

TITOLO VI.

DELL'USUCAPIONE E DEL POSSESSO DI LUNGO TEMPO

Il testo quì passa ai modi di acquistare secondo il diritto civile: e dapprima esamina quelli, pei quali si acquistano oggetti particolari.

L'usucapione era nel diritto primitivo annoverata tra i modi civili di acquistare il dominio romano. Noi l'abbiamo sufficientemente fatto conoscere (quì sopra p. 214 e seg.) per non avervi più a ritornar sopra; ricorderemo solamente che essa avea due principali effetti: quello di dare il dominio di una cosa che si era ricevuta di buona fede da chi non ne era proprietario, e quello di dare il dominio di una cosa, la quale per essere *res mancipi*, e per essersi data per via di semplice tradizione, era solamente entrata *in bonis*.

Siccome il suolo provinciale (salvo i territori che per ispecial favore aveano ottenuto il *jus italicum*) non partecipava al diritto civile, e non era neppur suscettivo di proprietà privata, perchè si reputava appartenere al popolo, o a Cesare, così l'usucapione non era applicabile ad esso. Non si poteva pel possesso divenir proprietario d'un terreno, che rigorosamente non era suscettivo di proprietà. In queste congiunture i pretori co' loro editti provinciali introdussero per quest' immobili, e gl'imperadori confermarono con le loro costituzioni (2), non già un modo di acquisto pel possesso, ma ciò che fu chimata prescrizione di lungo tempo (*praescriptio longi temporis*) data a capo di dieci anni di possesso, tra presenti, e venti tra assenti.

Alcune manifeste differenze dividevano l'usucapione dalla prescrizione: 1.° L' usucapione era un modo di acquistare il dominio (*capio usu*; acquisto per l'uso, cioè pel possesso); per conseguenza al termine del tempo stabilito, un anno pe' mobili, e due per gl'immobili, si era proprietario; si avea il diritto di rivendicare la cosa contro ogni possessore. Per contrario la prescrizione non era un modo di aquistare, ma solamente di respingere l' azione del proprietario (3); se questi rivendicava la sua cosa nel termine, si dovea restituirgliela; ma passato il termine, la sua azione veniva respinta per la prescrizione. Sicchè questa *prescrizione* produceva presso a poco il medesimo effetto di un'*eccezione*; essa più tardi fu convertita in eccezione e noi veggiamo i giureconsulti Paolo, Ulpiano, ed altri usare indifferentemente queste due parole in siffatta materia (4). Dal che seguita che colui il quale avea il possesso di lungo tempo

---

(1) Ved. quì appresso lib. 4, tit. 6, § 7.

(2) *Dig. 18. 1, 76, f. Paul.*

(3) Rigorosamente non vi era proprietario, perchè si trattava del suolo provinciale, ma noi sappiamo che le possessioni provinciali, tuttochè non fossero vere proprietà, eran protette in un modo presso a poco equivalente (*V. Esposizione Gener. del dr. rom. num. 40 e 43, e quì sopra p. 268 nota*).

(4) In origine vi è stata una differenza tra le *prescrizioni*, e le *eccezioni*. La parola prescrizione, che noi oggi usiamo tanto come modo di acquistare, che come mezzo di liberarsi, è talmente sviata dalla sua prima significazione, che alcune spiegazioni su questo soggetto non saranno inutili. Si chiamavano prescrizioni (da *prae scribere*) certe restrizioni messe al cominciamento della formola diretta al giudice dal pretore. Siffatte restrizioni erano messe a richiesta dell'attore o del convenuto. Quelle messe per l'attore aveano per iscopo di restringere la sua domanda alle sole cose ch' egli avea attualmente il dritto di chiedere, e d' indicare al giudice, ch' egli non dovea incaricarsi delle altre. Per esempio quando una sola parte del debito era scaduta, la prescrizione era così formolata: *ea res agatur, cujus rei dies fuit;* quindi seguiva il resto della formola. Le prescrizioni messe a richiesta del convenuto aveano per iscopo d' indicare al giudice alcuni casi ne' quali egli non dovea neppure esaminare l' affare. Gaio ce ne offre un esempio: tale dovea esser la prescrizione del possesso di lungo tempo. Quando il proprietario rivendicava la sua cosa, la formola dell' azione dovea presso a poco contenere questa prescrizione, *ea res agatur, cujus non est possessio longi temporis*. Eravi dunque tra una *prescrizione*, ed un' *eccezione* messa pel convenuto questa differenza, che la prescrizione, s' era vero il fatto sul quale era fondata, dispensava anche dal conoscere dell' affare, mentrechè l' eccezione richiedeva che si esaminasse, giacchè bisognava veder, per esempio, se vi era stato dolo, violenza, patto posteriore, etc., l' una era messa al principio, l'altra alla fine della formola. Più tardi, e di

non poteva secondo il diritto civile intentare l'azione di rivendicazione; nondimeno egli otteneva dal diritto onorario un azione pretoria (1). 2.° L'usucapione dava il dominio della cosa coi carichi ond' era gravata. Se un creditore avea su di essa un diritto di pegno, o d'ipoteca, egli lo conservava anche dopo l' usucapione (2). Per contrario la prescrizione poteva essere opposta non solamente al proprietario, ma anche a colui, che avendo un diritto sulla cosa, come un diritto di pegno, o d'ipoteca, non l'avea esercitato (3). 3.° L' usucapione non s' interrompeva per l'azione del proprietario, per modo che se essa si compiva durante il giudizio prima della sentenza, il dominio era acquistato, e questo avveniva perchè l'usucapione era l'acquisto per l'uso, e l'uso erasi continuato fino al giorno della sentenza (4): la prescrizione al contrario essendo un mezzo di opporsi all'azione, si trovava interrotta, se al momento della procedura, in cui si dovea opporre, il convenuto non avea ancora il tempo di possesso necessario a costituire siffatta prescrizione (5).

Al tempo di Giustiniano tutto il territorio dell' impero partecipa al medesimo diritto, non vi ha più differenza tra suolo italico, e suolo provinciale; quindi le differenze tra l'usucapione, e la prescrizione non possono più sussistere. Giustiniano confonde in uno, e modifica queste due istituzioni l'una con l'altra, attribuendo de' caratteri dell' una e dell' altra al nuovo diritto ch'egli crea. Facciamoci ad esaminare cosiffatti cambiamenti.

Jure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo qui dominus non erat, cum crediderit eum dominum esse rem emerit, vel ex donatione, aliave quavis justa causa acceperit: is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis biennio tantum in italico solo usucaperet, ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat putantibus antiquioribus dominis sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora; nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur, et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem, id est inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis usucapiantur, et his modis non solum in Italia, sed etiam in omni terra, quae nostro imperio gubernatur dominia rerum, justa causa possessionis praecedente, acquirantur.

Era per diritto civile stato ordinato che colui che avea di buona fede comprata una cosa da qualcuno, che non fosse il padrone, pensando egli però che quel tale fosse il padrone, o che l' avea ricevuta per via di donazione, o per qualch' altra giusta cagione, egli se la cosa era mobile l'acquistasse mediante l'uso per lo spazio di un anno, in qualunque luogo si fosse, e s'era immobile, per lo spazio di due anni solamente in Italia, acciocchè non fosse incerto il dominio delle cose. Ed era così ordinato da che pensavano gli antichi che bastasse a' padroni il predetto tempo per ricercare le cose loro: ma a noi venne miglior opinione, che non si debbano così tosto spogliare i padroni delle loro cose, nè restringere questo beneficio ad un sol luogo, e però abbiam pubblicata una costituzione per la quale è ordinato che le cose mobili si acquistino mediante l' uso per lo spazio di tre anni, e le immobili per possesso di lungo tempo, cioè per ispazio di X anni tra presenti, e XX tra assenti, e per questo modo pel possesso fondato su di una giusta causa, si acquisti il dominio delle cose non solamente in Italia, ma in ogni terra governata dal nostro imperio.

---

già al tempo di Gaio le prescrizioni messe pel convenuto furono convertite in alcune specie di eccezioni, e non altrimenti che come eccezioni furono inserite nella formola (ved. su tutte queste nozioni Gajo, che ce le ha rivelate *com. 4*, §§ *130 e seg.*); anche più tardi, ma probabilmente prima dell' abolizione delle formole, le prescrizioni messe dall'attore furono anche esse abolite, e cedettero il luogo alle eccezioni contro l'attore quando egli domandava ciò che non era ancora dovuto, o scaduto. Così da allora le parole *prescrizioni*, ed *eccezioni* si trovarono interamente confuse, ed ecco perchè noi le vediamo nel Codice indicate come sinonimi in un titolo: *De exceptionibus seu praescriptionibus (Dig. 44, 1, Cod. 8, 36).*

(1) Io non credo che si possa positivamente dedurre questo fatto dal frammento del Digesto (*8, 6, 10*), dove si tratta del lungo possesso tutto particolare delle servitù, ma non è però men certo; Giustiniano lo dice positivamente nel Codice (*Cod. 7, 39, 8*). Il possessore avea eziandio innanzi che il tempo prescritto fosse decorso, l'azione *publiciana*, specie di rivendicazione pretoria.

(2) *D. 41, 3, 44*, §. *5*, *f. Papin.*

(3) *D. 44, 3, 12, f. Paul.* In quanto alle servitù, all'usufrutto, etc. siccome questi diritti si perdevano pel non uso, se quegli che li avea, trascurava di usarne, si trovavano perduti per lui; se per contrario egli continuava a goderne, li conservava tanto se si trattasse pel possessore di usucapione, quanto se si trattasse di prescrizione.

(4) *D. 41, 4, 2*, §. *1*, *f. Paul.—Ivi 2, f. Marcel. — 6, 1, 17, f. Ulp.; 18, f. Gai. — Theoph. Paraph. lib. 3, tit. 18*, §. *1.— Dig. 4, 6, 23.* §. *4.*

(5) *Cod. 7, 33, 10, Dioclet. e Massim.* La prescrizione non s' interrompeva per la citazione, per la chiamata *in jure*, ma solamente per ciò che dicevasi *litis contestatio*; per modo che se al momento di questa contestazione i dieci o venti anni erano spirati, benchè al momento della chiamata *in jure* non fossero ancora decorsi, si poteva opporre la prescrizione. Il che, è una pruova certa che la *litis contestatio* era quella parte del procedimento, nella quale innanzi al pretore *(in jure)* dopo i dibattimenti tra i litiganti, dopo proposte le loro domande, prescrizioni, ed eccezioni, la formola era stabilita e rilasciata dal pretore.

Da cosiffatti mutamenti risulta, che propriamente parlando nè l'antica usucapione, nè la prescrizione pretoria furon conservate da Giustiniano. Nonpertanto si applica nel suo sistema il nome di usurpazione all'acquisto de' mobili, e quello di prescrizione all'acquisto degl' immobili (1). Per noi accaderà che qualche volta usiamo indifferentemente l' uno, e l'altro vocabolo, ma più sovente useremo il termine generale di acquisto mediante il possesso, o l'uso. Passiamo all' esame delle cose che in questo modo si possono acquistare.

I. *Sed aliquando, etiam si maxime quis bona fide rem possederit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit, veluti si quis liberum hominem vel rem sacram, vel religiosam, vel* servum fugitivum *possideat.*

1. Avviene talvolta che quantunque l'uomo abbia posseduto di buona fede, non acquisti però mediante l' uso per beneficio di tempo alcuno, come sarebbe a dire, se egli possedesse un uomo libero, o una cosa sacra, o religiosa, ovvero uno *schiavo che si fosse fuggito.*

Servum fugitivum. Lo schiavo fuggitivo non può essere acquistato pel possesso, perchè si reputa ch' egli si sia in certo modo involato al padrone: *sui furtum facere intelligitur* (2).

II. *Furtivae quoque res, et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore, bona fide possessae fuerint, usucapi possunt; nam furtivarum rerum lex duodecim Tabularum,* et lex Atinia *inhibent usucapionem, vi possessarum* lex Plautia, *et* Julia.

2. Parimente le cose rubate e possedute per forza non si possono acquistar mediante l' uso, quantunque possedute di buona fede per il predetto spazio di lungo tempo; perciocchè la legge delle XII. Tavole, *e la legge Atinia* vietano l'acquisto mediante l'uso delle cose rubate, *e la legge Plauzia,* e *Giulia,* quello delle cose possedute per forza.

Lex Atinia. Questo è un plebiscito fatto al tempo della repubblica sulla proposizione del tribuno *Atinio Labeone* (anno 557 di Roma; 197 av. G. C.). Esso esisteva già al tempo di Cicerone. (Cicer. in Verr. 1. 42). Questo plebiscito, secondo i frammenti del Digesto che ne parlano, pare avere spiegata la disposizione delle XII Tavole, e deciso positivamente che le cose involate si potrebbero acquistar mediante l'usucapione quando fosser ritornate in mano del proprietario (3). Aulo Gellio (*Not. Att.* 17. 7) ci ha conservato i termini della disposizione principale — « *Legis veteris Atiniae verba sunt: Quod subreptum erit, ejus rei aeterna auctoritas esto* ».

Lex Julia et Plautia. La legge Plauzia è un plebiscito fatto sulla proposizione del tribuno M. Plauzio alla fine della guerra sociale poco innanzi la guerra civile (anno 665 di Roma, 89 av. G. C.). Quanto alla legge Giulia, se essa è differente, può essere il plebiscito di cui parlano le Istituzioni (lib. 4, tit. 18, §. 8. *lex Julia*) *de vi publica seu privata*, della quale s'ignora la data precisa, ma che si riporta presso a poco alla metà del regno di Augusto (anno 746 di Roma). Le disposizioni particolari di queste leggi eran necessarie, perciocchè la legge delle XII Tavole, e la legge *Atinia* non aveano regolato che il caso del furto; or essendo il furto la sottrazione fraudolenta della cosa altrui, con animo di farne guadagno (4), e gl'immobili non potendo esser sottratti, nè per conseguenza rubati, era necessaria una disposizione speciale pel caso, in cui fossero per violenza occupati.

III. *Quod autem dictum est furtivarum, et vi possessarum rerum usucapionem per leges prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur, quive per vim possidet, usucapere possit, (nam his alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possident); sed ne nullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit vel ex alia causa acceperit usucapiendi jus habeat. Unde in rebus mobilibus non facile procedit ut bonae fidei possessosoribus usucapio competat. Nam qui sciens alienam rem vendit, vel ex alia causa tradit, furtum committit.*

3. E quel che si è detto che l'acquisto mediante l' uso delle cose furtive, e possedute per forza sia vietato dalla legge, non si debb' intendere nel senso che esso rubatore, o posseditore per forza non possa acquistare mediante l'uso (perchè a cosiffatti uomini non compete l' acquisto mediante l' uso per altra ragione, non perchè posseggono di mala fede). Ma s' intende che niun altro quantunque avesse di buona fede comprato, o ricevuto da loro per qualunque causa si sia, abbia diritto di acquistar mediante l'uso. Laonde nelle cose mobili non avviene così facilmente che i posseditori di buona fede acquistino per l' usucapione, perciocchè colui che avrà venduto, o dato per qualunque altra cagione la cosa altrui, sapendolo, commette furto.

Il senso di questo paragrafo è questo: quando una cosa è stata rubata, o occupata per violenza, in qualsiasi mano passi di poi,

(1) Vedi appresso il §. 12.
(2) *D. 47, 2, 60, f. Afric.*
(3) *D. 41, 3, 4, § 6, — 50, 16, 215, f. Paul.*
(4) *Inst. 4, 1, 1.*

e non ostante la buona fede dei possessori, non può essere acquistata mediante il possesso (per *usucapione*.) Or per le cose mobili, siccome si hanno per rubate quelle cose che si vendono o danno da chi sa di non esserne il padrone, e siccome rimontando sino al venditore primitivo sarà raro di trovare de' casi in cui questi ignorava che la cosa non apparteneva a lui, l' usucapione non potrà quasi mai aver luogo. Nondimeno dopo aver fatta quest' obbiezione, il testo la risolve nei seguenti paragrafi per via di esempî, ne' quali il venditore primitivo egli medesimo è di buona fede.

IV. *Sed tamen id aliquando aliter se habet: nam si heres rem defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam existimans hereditariam esse, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, vel dotis nomine dederit; quin is qui acceperit usucapere possit, dubium non est: quippe cum ea res in furti vitium non ceciderit, cum utique heres qui bona fide tamquam suam alienaverit furtum non committit.*

4. Ma qualche volta la cosa va altrimente di quel che si è detto, perchè se l'erede avrà venduto, donato, o dato in nome di dote qualche cosa prestata o affittata al defunto o appo lui posta in deposito, giudicando esser ereditaria, non è dubbio, che colui che l' avrà ricevuta in buona fede non la possa acquistar mediante l' uso; poichè non è caduta in vizio di furto, per la ragione che l'erede, il quale l' ha alienata in buona fede come sua cosa, non commette furto.

V. *Item si is ad quem ancillae ususfructus pertinet partum suum esse credens, vendiderit, aut donaverit, furtum non committitur.*

5. Similmente se qualcuno, al quale spetta l'usufrutto della schiava, venderà il parto di lei, o lo donerà a qualche persona, credendolo suo, non commette furto, perciocchè non si commette furto senza desiderio di rubare.

Ciò che costituisce il furto, come la maggior parte dei delitti, è l'intenzione colpevole, così l'errore dell'usufruttuario benchè sia un errore di diritto insufficiente per dargli i vantaggi che non gli spettano, basta nondimeno a purgare la sua azione da ogni criminalità, e ad impedire in conseguenza ch'egli possa esser perseguitato come ladro, e che la cosa si consideri come rubata.

VI. *Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, et efficiat ut a possessore usucapiatur.*

6. Può parimenti accadere in altri modi, che alcuno trasferisca l' altrui cosa in persona altrui senza vizio di furto, e che operi sì che essa sia acquistata mediante l' uso dal possessore.

Come se alcuno di buona fede credendo essere erede vende le cose ereditarie (1); o se alcuno possegga un oggetto nella persuasione che il proprietario l'abbia abbandonato (2) etc.

VII. *Quod autem ad eas res quae solo continentur expedius procedit, ut si quis loci vacantis possessionem propter absentiam aut negligentiam domini, aut quia sine successore decesserit, sine vi nanciscatur, qui, quamvis ipse mala fide possidet, quia intelligit se alienum fundum occupasse, tamen si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit longa possessione res acquiri, quia neque furtivum, neque vi possessum acceperit. Abolita est enim quorumdam veterum sententia, existimantium etiam fundi locive furtum fieri. Et eorum qui res soli possederint, principalibus constitutionibus prospicitur, ne cui longa et indubitata possessio auferri debeat.*

7. Ma in quanto a quello che si appartiene alle cose del suolo avviene più facilmente, che qualcuno abbia avuto senza violenza il possesso d'un luogo vacuo per assenza, o per negligenza del padrone, o perchè questi sarà morto senza successore. Benchè questo possessore sia di mala fede, perchè egli sa di aver occupato l'altrui terreno, nondimeno s' egli lo darà effettualmente ad un altro, che lo riceva di buona fede, quel tal suolo potrà acquistarsi per usucapione da colui che l'ha ricevuto, perchè non ha ricevuto cosa furtiva, nè posseduta per violenza. Perocche si è rigettata l'opinione d'alcuni antichi, i quali giudicavano che si commette furto eziandio d'un fondo, e d' una terra. E per le costituzioni de'principi che hanno riguardo all' utilità di coloro che posseggono, si è ordinato che non debba esser tolto ad alcuno il possesso certissimo e lungo.

Il senso di questo paragrafo lungamente spiegato da Teofilo è per altro chiarissimo; esso deriva da ciò, che gl'immobili, qualunque sia la mala fede del detentore, non son mai considerati come rubati, perchè ogni furto contiene sempre l'idea di una sottrazione, di un rimovimento di una cosa dal suo luogo. Adunque per un immobile, ogni volta che non vi ha violenza, non vi ha vizio che impedisca al posseditore di buona fede l'acquisto mediante il possesso.

Giustiniano per una Novella pubblicata nel 542 modificò la regola qui esposta. In questa Novella si decide che se il primitivo possessore dell'immobile era di mala fede, quegli che di buona fede avrà acquistato da lui, non potrà prescrivere per dieci anni tra presenti e venti fra assenti, salvo nel caso che il vero padrone abbia mantenuto silen-

(1) *D. 41, 3, 36, §. 1, f. Gai.*

(2) *D. 41, 7, 4, f. Paul.*

zio, conoscendo bene i suoi diritti di proprietà, e la vendita della cosa, ma se ciò abbia ignorato, il possessore non potrà prescrivere che per trent'anni (1).

VIII. ***Aliquando etiam furtiva vel vi possessa res usucapi potest, veluti si in domini potestatem reversa fuerit; tunc enim vitio rei purgato, procedit ejus usucapio.***

8. Alle volte una cosa posseduta furtivamente o per violenza può esser acquistata mediante l'uso, come sarebbe a dire se essa ritornasse al suo proprio padrone; perciocchè purgato il vizio del furto, o della violenza, può aver luogo l'usucapione.

Questa disposizione, come già abbiam detto, pare essere stata specialmente regolata dalla legge *Atinia*. Quando la cosa è ritornata in potere del padrone, il vizio primitivo è purgato, e se nuovamente ne esce senza furto nè violenza, potrà esser acquistata dal possessore di buona fede. Ma bisogna che sia ritornata in potere del vero padrone; così se è stata rubata ad alcuno che l'avea in prestito, essa dee ritornare al prestatore; di più bisogna che il padrone l'abbia ricuperata come cosa appartenente a lui, perciocchè se, non sapendo d'esser la cosa sua che gli fu involata, egli la compri, non si reputa che quella sia ritornata in suo potere (2). Finalmente il testo per quella parola *veluti* dinota che vi ha anche degli altri casi, in cui il vizio può trovarsi purgato. In fatti questo può eziandio avvenire se il padrone, dopo il furto ha venduto la cosa al rubatore o possessore, ovvero se, soddisfatto in qualsiasi modo, ha consentito che la cosa sia data in mano altrui (3).

IX. ***Res fisci nostri usucapi non potest; sed Papinianus scripsit** bonis vacantibus **fisco nondum nuntiatis, bonae fidei emptorem traditam sibi rem ex his bonis usucapere posse; et ita divus Pius, et divi Severus, et Antoninus rescripserunt.***

9. La cosa che è del nostro fisco non può esser acquistata mediante l'uso; ma Papiniano scrisse, che non essendo ancor denunziati al fisco *i beni vacanti*, il compratore che riceve di buona fede alcuno tra questi beni può acquistarlo mediante l'uso, e così rescrissero il divino Pio, ed il divino Severo, ed Antonino.

Bonis vacantibus. Per beni vacanti s'intendono i beni che compongono le successioni, alle quali non si presenta alcun erede. Questi beni appartengono di pieno diritto al fisco, ma non si reputano entrati nel suo patrimonio, che al momento in cui sono stati denunziati per mezzo degli agenti a tal fine proposti; e però soltanto da questo momento cominciano a non potersi più acquistar mediante l'uso.

X. ***Novissime sciendum est rem talem esse debere, ut in se** non habeat vitium, **ut a bonae fidei emptore usucapi possit, vel qui ex alia justa causa possidet.***

10. Da ultimo è da sapere che bisogna che la cosa sia tale, che in se *non abbia alcun vizio*, acciocchè dal compratore di buona fede, o da qualunque altro che possiede per altra giusta cagione, possa esser acquistata mediante l'uso.

Non habeat vitium. La parola vizio quì è presa relativamente all'usucapione, e dinota qualsivoglia qualità che impedirebbe che la cosa potesse per l'uso essere acquistata; sicchè essa non debb'esser nè sacra, nè religiosa, nè rubata, nè occupata per violenza, nè bene del fisco etc. Agli oggetti dei quali il testo ha fatto parola si debbono eziandio aggiugnere come incapaci di usucapione e di prescrizione gl'immobili che appartengono alle chiese (4), i beni dei pupilli, o anche dei minori di 25 anni (5); i beni dotali, pei quali la prescrizione non può aver luogo, quantunque essa continui a decorrere, se sia cominciata prima del matrimonio (6), ed in generale le cose che non si possono alienare.

Quanto agli oggetti incorporali noi abbiamo di già trattata la quistione relativamente alla servitù quì sop. (p. 267), e da ultimo quanto a ciò che riguarda le prescrizioni a fine di liberarsi dalle differenti azioni, alle quali si può esser soggetto, si dee ben avvertire di non confonderle con la materia di cui quì trattiamo. Più innanzi (lib. 4. tit. 12) vedremo qual'è stato su tal punto il diritto dei romani.

Ora passiamo alle condizioni necessarie per acquistar mediante l'uso o il possesso. Queste condizioni sono: il possesso fondato sopra una giusta causa, acquistato di buona fede, e continuato per tutto il tempo richiesto.

---

(1) Novel. 119. cap. 7. Vedremo fra breve che questa prescrizione di trent'anni si applica eziandio alle cose rubate, o tolte per forza.

(2) *D. 41, 3, 4, § 6 a 12. f. Paul.*

(3) *Ivi §§ 13, e 14, ivi 32, f. Pomp.*

(4) *Nov. III. cap. 1.*

(5) *D. 41, 1, 48, pr. f. Paul. — Cod. 2, 41, 5, — 7, 35, 3.*

(6) *D. 25, 5, 16, f. Tryph.* per gl'immobili — *Cod. 5, 12, 30,* pe' mobili, e per gl'immobili.

In quanto al possesso qui non si tratta di quello che è puramente fisico, ma del possesso civile che noi abbiam già definito qui sopra (p. 225 e seg.).

In quanto alla giusta causa di questo possesso, risulta da quel che abbiam detto (pag. 253), che bisogna intender per essa un contratto, o un fatto qualunque conforme al diritto (*justa*), per effetto del quale il possesso si è ricevuto, o preso nello scopo di acquistar la proprietà. Il che talvolta i testi chiamano eziandio giusto titolo (*justus titulus*), benchè questa dizione sembri più recente (1). Il possesso così preceduto da una giusta causa ha per fine di produr la proprietà, ma può avvenire che questo fine non si raggiunga sia perchè colui dal quale si è dato il possesso non era proprietario, sia perchè colui al quale è stato dato non vi avea alcun diritto, sia perchè la cosa non era per natura tale che ne potesse pel solo possesso esser acquistata la proprietà: in tutti questi casi si applicherà la prescrizione.

Comunemente i comentatori si arrestano al primo caso , cioè a quello in cui la cosa si è ricevuta da chi non era il proprietario, ma si vuol ben avvertire che il vizio, il quale rende necessaria la prescrizione, può provenire sì da colui che dà, sì da colui che riceve, sì dalla cosa medesima.

Il Digesto espone in una serie di titoli separati i principali avvenimenti che producono una giusta causa di possesso: tali son quelli nei quali si possiede : *Pro emptore* (come compratore),per effetto di una vendita valida , nella quale si è pagato , o altrimenti soddisfatto il venditore , ovvero si è ricevuta una dilazione pel pagamento; *Pro donato* (come dono) per effetto di una donazione tra vivi, o a causa di morte; *Pro dote* (come dote) allorchè le cose si son ricevute in dote in un matrimonio ; — *Pro soluto*, quando si è ricevuta la cosa in pagamento o abbandonata : in tutti questi esempî, se colui dal quale la cosa si è venduta, costituita in dote, data in pagamento o abbandonata non era proprietario , non si acquista subito la proprietà, ma vi ha titolo per prescrivere (2). L' usucapione ha luogo pel possesso *pro legato* allorchè si è ricevuta la cosa per effetto di un legato , avendola il testatore lasciata come sua, mentre apparteneva ad altri, ovvero dopo che il legato si era rivocato per via di codicilli rimasti occulti , ovvero perchè un errore di nome avea fatto credere che un tale fosse legatario, mentre che era un altro (3) : in questi due ultimi casi ciò che impedisce che la proprietà sia subito acquistata , è che colui il quale riceve la cosa non vi ha diritto. In fine passando sotto silenzio molte altre giuste cause,noi alquanto ci fermeremo al possesso che chiamasi *pro uso*; esso ha luogo generalmente in tutti i casi in cui alcuno possiede come proprietario; così quegli che possiede come compratore, come donatario, come legatario, etc. possiede *pro suo*;ma questa denominazione è specialmente adoperata per dinotare il possesso de' frutti che alcuno ha raccolti di buona fede, o quello delle cose *nullius* , come l'alluvione, le bestie selvatiche , di cui alcuno si è impadronito (4). Se di buona fede alcuno ha preso come selvatico un animale che ha l'abitudine di andare e ritornare,egli non ne ha acquistato la proprietà , perchè la cosa per natura non è tale che possa acquistarsi pel solo possesso, ma lo possiede *pro uso*, e l'usucapione può aver luogo. Vi è ancora un possesso *pro herede* in qualità di erede; *pro possessore* in qualità di possessore di beni, ma esso non può in generale servir all'usucapione; nondimeno questa regola richiede alcune distinzioni , che qui sarebbe troppo lungo indicare.

Quanto alla buona fede, essa ha luogo allorchè il possessore compiutamente ignora il vizio del suo acquisto. Ma quest' errore non costituisce la buona fede se non quando cade sui fatti, come sarebbe quando uno ignora che il venditore non è proprietario, che è ancora impubere , che il legato è rivocato; etc. in quanto all' errore di diritto esso non può servire all' usucapione: come se alcuno ha comprato da colui che sapeva essere impubere, credendo che la legge gli permettesse di alienare (5) ; il medesimo dee dirsi dell'errore grossolano, o che proviene dalla negligenza di prendere le necessarie informazioni (6). La buona fede si richiede solamente al momento che comincia il possesso , perciocchè da questo solo momento il possessore sarebbe divenuto pro-

---

(1) *D. 41, 9, 1, f. Ulp. — Cod. 3, 32, 24 — 7. 33. 4. etc.*

(2) *D. 41, tit. 4, tit. 6, tit. 7, tit. 3, f. 46, tit. 9.*

(3) *D. 41, 8, 4, f. Paul.*

(4) *Dig. 41, 10.* — Ved. l'enumerazione di queste cause di possesso *D. 41, 2, 3, § 21, f. Paul.*

(5) *Juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse: facti vero ignorantiam prodesse constat (D. 22. 6. 4. f. Pomp.) — 41. 3. 31. pr. — 41. 4. 2 § 15, f. Paul.*

(6) *D. 22. 6. 6. f. Ulp. e 9. § 2. f. Paul.*

prietario, se il vizio che ignorava non vi fosse stato (1). Nondimeno per un' eccezione tutta speciale, la quale forse proveniva da una memoria delle antiche vendite per *mancipationem*, per la vendita si richiedeva che vi fosse buona fede nel momento della compra, ed in quello della tradizione (2). Ma non era in alcun caso necessario, come per l' acquisto de' frutti, che la buona fede continuasse dopo la prima presa di possesso (3). In fatti non si poteva ragionevolmente, soprattutto negli acquisti a titolo oneroso, rimproverare a colui che acquistava di ritenere la cosa in fino a che non gli veniva richiesta, essendochè egli l' avea ricevuta di buona fede, e ne avea pagato il valore. Questo principio applicavasi eziandio agli acquisti gratuiti (4).

Qui si presenta una grave quistione: la giusta causa, e la buona fede son due condizioni distinte tutte e due indispensabili? o pure la giusta causa non si richiede che come un mezzo di provar la buona fede, per modo che l'usucapione potrebbe aver luogo se vi fosse effettualmente buona fede, quantunque non vi fosse giusta causa? Siffatta quistione pare essere stata fortemente controversa appo i romani. Il testo nel seguente paragrafo la risolve decidendo che è sempre necessario che la giusta causa effettualmente esista.

XI. *Error autem falsae causae usucapionem non parit, veluti si quis eum non emerit, emisse se existimans, possideat, vel cum ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat.*

11. Ma l'errore che cade sopra una causa falsa non produce l' usucapione, come sarebbe se alcuno possedesse pensando aver comprato, e non avesse comprato, o possedesse quasichè gli fosse stato donato, non essendogli però stato donato.

Molti testi confermano positivamente questa decisione (5). Nonpertanto essa non pare ammessa nella legislazione di Giustiniano se non come una regola generale che patisce alcune eccezioni: per esempio, se voi mi avete data una cosa che non vi apparteneva credendo che mi fosse dovuta, ed io la abbia ricevuta credendo che a voi si appartenesse, e che voi foste tenuto a darmela, mentre nel fatto voi non v'eravate tenuto, la causa per la quale la tradizione si è fatta è falsa; non pertanto se il mio errore fosse scusabile, io acquisterei per l' usucapione (6); è parimenti lo stesso se io posseggo una cosa credendo che sia stata comperata dal mio procuratore (7).

In quanto al tempo (fissato da Giustiniano per gli oggetti mobiliari a tre anni, per gl' immobili a dieci anni tra presenti, e venti fra gli assenti), basta dire che si computa per giorni, e non per ore (8); che la prescrizione corre tra presenti quando il possessore, ed il proprietario hanno il loro domicilio nella medesima provincia, senza aver riguardo al luogo ove la cosa è sita, percioocchè per intentar le azioni, questo luogo è indifferente in diritto romano; ma se il possessore, ed il proprietario non sono amendue domiciliati nella medesima provincia, la prescrizione corre tra assenti (9); che se vi è stata parte presenza, e parte assenza, si dee computar due giorni di assenza per fare un giorno di presenza (10). Non rimane più altro su questo soggetto che ad esaminare col testo in quali casi può il possessore congiugnere al suo possesso quello del possessore precedente.

XII. *Diutina possessio, quae prodesse coeperat defuncto et heredi, et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat praedium alienum. Quod si ille initium justum non habuit, heredi, et bonorum possessori, licet ignoranti possessio, non prodest. Quod nostra constitutio* similiter in usucapionibus *observari constituit, ut tempora continuentur.*

12. Il lungo possesso che avea cominciato a giovare al defunto, si va continuando nell'erede, e nel possessore de' beni, tutto che esso erede sappia il podere esser d'altri. Ma se il defunto non cominciò ad aver principio giusto di possedere, non giova il possesso all' erede, ed al possessor de' beni, quantunque ignoranti di questo. La qual cosa la nostra costituzione ha ordinato che si osservi *parimente nelle usucapioni*, cioè che si continui il tempo.

---

(1) *D. 41. 3, 15, §. 3.; 48, pr. 48; §. 1. — Cod. 7. 31.*

(2) *D. 41. 3. 48. — 41, 4, 2, pr.* Ved. nondimeno *41. 3. 10.*

(3) *D. 41, 1. 48, §. 1, f. Paul.*

(4) Giustiniano lo dice *Cod. 7, 31, 1.*; nondimeno si potrebbe credere che questa sia un' innovazione di lui.

(5) *D. 41, 3, 27, — 41. 4, 2, § 6, — 41, 6, 1, princ. — 41, 7, 6.*

(6) *D. 41. 3. 48. — 41. 4, 2, pr. f. Paul. — 41, 10, 3.* È vero che qui non vi ha solamente la credenza, ma anche l'apparenza d' una giusta causa.

(7) *D. 41, 4, 11, f. Afric.*

(8) *D. 41, 3, 6, 7, f. Ulp.*

(9) Nell' antica giurisprudenza eran sorte delle difficoltà su questo soggetto; ed appunto queste difficoltà Giustiniano si propone di togliere nella costituzione *12. Cod. lib. 7, tit. 33.*

(10) *Nov. 119. cap. 8.*

Questo paragrafo è relativo a'successori universali, i quali o pel dritto civile, o pel dritto pretorio han ricevuto l'universalità de' beni del defunto come continuatori della sua persona. Questi successori che posseggono *pro herede*, *pro possessore* la massa universale che loro è deferita, non tengono ogni oggetto particolare di questa massa per vigore di una nuova causa, che dia loro personalmente dritto alla prescrizione; ma continuando la persona del defunto, ed essendo riputati, in ciò che riguarda l'eredità civile o pretoria, di aver essi fatto tutti i contratti, e tutti gli atti del defunto, non sono che i continuatori del suo possesso; se questi possedeva *pro emptore, pro donato, pro dote*, essi posseggono al medesimo titolo; se questi era di buona, o di mala fede nel principio, il loro possesso ha un' origine giusta, o viziosa; in conseguenza essi prescrivono o non prescrivono, qualunque sia la loro opinione personale; giacchè relativamente alla buona fede la sola origine del possesso si dee considerare. In questo senso si dice che il possesso *pro herede*, *pro possessore* non può relativamente agli oggetti particolari servir di fondamento all'usucapione (1).

Similiter in usucapionibus. Questo passo del pari che la parafrasi di Teofilo potrebbe indurre a credere che un tempo nell' usucapione de' mobili il possesso del defunto non fosse continuato dall'erede, e che Giustiniano il primo abbia ordinata la continuazione di siffatto possesso. Tal' è l' opinione di alcuni autori; Cujacio pensa che il passo è trasposto: ma esso può spiegarsi, come ha fatto Vinnio, dicendo che Giustiniano e Teofilo parlano della nuova usucapione introdotta dall'imperadore, la quale ha luogo mediante tre anni di uso.

XIII. ***Inter venditorem quoque et emptorem conjungi tempora divi Severus, et Antoninus rescripserunt.***

12. I divini Severo, ed Antonino rescrissero, che si debbano eziandio congiugnere insieme i tempi tra il compratore, ed il venditore.

Quì si tratta de' successori particolari che han ricevuto per vendita, donazione, legato, etc. uno o più oggetti, o anche una universalità, ma senza continuare la persona del loro predecessore. Siffatto successore comincia per se medesimo un nuovo possesso fondato sopra una nuova causa; *pro emptore*, *pro donato* etc.; se egli è personalmente di buona, o di mala fede, il suo possesso è giusto, o vizioso nel suo principio, in conseguenza egli prescrive o non prescrive, qualunque sia stata l' opinione del suo autore, cioè di colui dal quale ha ricevuto la cosa. Ma se essendo amendue di buona fede, ciascuno ha prescritto da parte sua, il tempo del primo debb' esser riunito a quello del secondo, e così del resto (*coniungi tempora*). Tal' è la disposizione del rescritto degl' Imperadori.

La prescrizione sotto Giustiniano prende quanto agli effetti il carattere dell' usucapione. Adunque o si tratti di mobili, o d' immobili, il possessore dopo il tempo richiesto diviene proprietario; non solamente egli può respingere per la prescrizione l' antico padrone, che viene a richieder la cosa, ma egli stesso ha contro qualunque possessore l' azione in rivendicazione (2). Quanto ai diritti di servitù d' usufrutto, di pegno, etc. questi sono estinti, se le persone, alle quali tai diritti si appartengono, non avendoli esercitati han lasciato possedere la cosa come libera (3).

Ora giugniamo ai modi come l'usucapione e la prescrizione sono interrotte; siffatta interruzione chiamasi appo i romani usurpazione, *usurpatio est usucapionis interruptio* (4). Essa ha luogo naturalmente allorchè per un avvenimento qualunque quegli che possedeva perde il possesso, come sarebbe quando per violenza è cacciato via dall' immobile, o quando l' oggetto mobile gli vien tolto sia dal proprietario, sia da qualunque altra persona (5); similmente quando il terreno è inondato dal mare, o da un fiume pubblico che cangia di letto (6); o anche quando il possessore cade in mano degl'inimici, perciocchè quantunque i suoi diritti sieno in sospeso, e debbano al suo ritorno essergli restituiti per effetto del diritto del *postliminium*, questa sospensione, come abbiamo già osservato (pag. 149, nota 1.) non si applica alle cose che consistono nel fatto, e tale appunto

(1) *Hoc et in bonorum possessione, et in fideicommissariis, quibus ex Trebelliano restituitur, caeterisque praetoriis successoribus observatum est. (D. 41, 4, 2, § 19).*

(2) *Cod. 7, 39. 8, princ.*

(3) *Cod. 7, 36, 1, e 2.* — Questo risulta per le servitù, l' usufrutto, l'uso, etc. da ciò, che questi diritti si perdono pel non uso durante il medesimo tempo della prescrizione.

(4) *D. 41, 3, 2, f. Paul.*

(5) *Ivi 5, f. Gai.*

(6) *D. 41, 2, 3, §. 17, f. Paul.*

è il possesso (1). Un'interruzione notabilissima è anche quella che ha luogo quando il vero propietario trovasi ritenere la cosa per un diritto qualunque; per esempio perchè egli l'ha comperata, ricevuta in pegno, o in affitto (2). In ogni caso l' interruzione rende inutile il possesso anteriore, il quale non si dee più computare quando anche un nuovo possesso ricominciasse di poi (3). Quanto all'interruzione di diritto, che chiamasi civile, Giustiniano adotta la regola già osservata per la prescrizione; l' acquisto mediante il possesso tanto pe' mobili, che per gl'immobili sarà interrotto per l'azione del vero proprietario; e ciò dall'istante che la controversia sarà elevata, e non più da quel punto solamente che chiamavasi *litis contestatio*; perciocchè a dir vero questa contestazione non è più nella procedura di Giustiniano (4).

Vi sono ancora delle altre prescrizioni: tale è quella che vien detta *longissimi temporis praescriptio*, la quale ha luogo alcune volte per trent' anni, per esempio quando il possessore possiede senza giusta causa, o quando la cosa è un oggetto involato, o tolto via per violenza, etc.; alcune volte per quarant' anni, per esempio quando si tratta di beni ecclesiastici. Queste prescrizioni, che per loro natura, ed in origine non erano altro che mezzi da respingere talune azioni, son divenute sotto Giustiniano, nei casi in cui han luogo, veri modi di acquistare, e si può ad esse applicare quanto abbiam detto sugli effetti, e sull'interruziodelle prescrizioni (5).

Il paragrafo che segue ci dà eziandio l'esempio di particolari prescrizioni introdotte per privilegio del fisco.

XIV. *Edicto divi Marci cavetur eum qui a fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium praeterierit posse dominum rei exceptione repellere. Constitutio autem divae memoriae Zenonis bene prospexit iis qui a fisco per venditionem aut donationem vel alium titulum aliquid accipiunt, ut ipsi quidem securi statim fiant et victores existant sive experiantur, sive conveniantur. Adversus autem sacratissimum aerarium usque ad quadriennium liceat intendere iis qui pro dominio vel hypotheca earum rerum, quae alienatae sunt, putaverunt sibi quasdam competere actiones. Nostra autem divina constitutio, quam nuper promulgavimus etiam de iis qui a nostra, vel venerabilis Augustae domo aliquid acceperint haec statuit, quae in fiscalibus alienationibus praefata Zenoniana constitutione continentur.*

14. Per editto del divino Severo si comanda, che colui che avrà comprato l' altrui cosa dal Fisco, se dopo la vendita saranno passati cinque anni, possa per eccezione ributtare il padrone della cosa (6). Ma la costituzione della divina memoria di Zenone provvide bene a coloro che ricevono qualche cosa dal Fisco per vendita, per donazione, o altro titolo, perciocchè volle che essi subito sian sicuri, e restino vincitori tanto se essi richiedano, quanto se sian richiesti. A coloro poi, i quali pensano di aver azione per il dominio, o per conto di pegno di quelle cose che saranno state alienate, è lecito venire in termine di quattro anni contro il sacratissimo Fisco. Ma noi per nostra costituzione, la quale già pubblicammo, abbiamo ordinato, che il medesimo che fu prima ordinato per le prefate costituzioni del divino Zenone intorno alle cose fiscali, s' intenda eziandio in coloro, che riceveranno qualche cosa dalla nostra casa, o da quella della venerabile Augusta (7).

DELLE AZIONI RELATIVE ALL'USUCAPIONE, ED ALLA PRESCRIZIONE.

Relativamente all' usucapione, ed alla prescrizione vi erano, o durante il loro corso, o dopo che erano compiutamente acquistate, degl'interdetti, delle azioni, o delle eccezioni secondo le circostanze. Durante il loro corso, siccome esse eran fondate sul possesso legale, tutti gl' interdetti destinati a proteggere questo possesso erano applicabili (Ved. qui sop. p. 237). Ma se per qualche avvenimento il possessore perdeva il possesso prima che l' usucapione o la prescrizione fosse compiuta, allora secondo lo stretto diritto, non essendo più possessore, non avea più interdetti, e non essendo ancora proprietario, non avea azione in rivendicazione: la perdita per lui era irreparabile. In questo stato di cose un pretore per nome Pubblicio introdusse in favore di lui un'azione onoraria che si chiamò azione publiciama (*publiciana in rem*

(1) *D. 49, 15, 12, §. 2, f. Tryph.*
(2) *D. 41, 3, 21, f. Javol.—13, 7, 29, f. Jul.*
(3) *D. 41, 3, 15, § 2, f. Paul.—41, 4, 7, §. 4, f. Jul.*
(4) *Cod. 7, 33, 10.* Ved. anche (*Cod. 7, 40, 2*), il mezzo dato da Giustiniano d' interrompere la prescrizione quando il possessore è assente presentando una memoria (*libellum*) al presidente, ed in difetto di questo al vescovo o al difensore della città, etc.
(5) *Cod. 7, 39. De praescriptione XXX, vel XL annorum.*
(6) *Cod. 2, 37, 3.* L'editto di Marc-Aurelio era soprattutto utile nel caso che l' usucapione non avesse potuto correre; per es. quando non vi era buona fede, o quando si trattava d' immobili provinciali. Quest'editto eccettuava dalle sue disposizioni i beni de'minori di 25 anni.
(7) V. al Cod. il titolo consacrato a questa materia lib. 7, tit. 37. *De quadriennii praescriptione.*

actio), con l'aiuto della quale ei potè richiedere la cosa come se l'avesse già acquistata mediante l'uso. Quest'azione che era nel numero delle azioni fittizie, cioè fondate sopra una finta ipotesi, ed intorno alla quale avremo lungamente a trattare, non si dava che a colui, il quale dopo aver ricevuto il possesso in buona fede, e per una giusta causa lo avea perduto. Essa non poteva in generale utilmente intentarsi nè contro il vero proprietario, nè contro il vero possessore che avea diritto anch'egli all'usucapione, o alla prescrizione (1). Dopo che il tempo dell'usucapione era interamente trascorso, il possessore essendo divenuto proprietario, era sicuro da ogni persecuzione da parte dell'antico padrone, ed avea egli medesimo sì la rivendicazione per richiedere la sua cosa contro ogni possessore, e sì generalmente tutte le azioni destinate a proteggere la proprietà (p. citat.).

TITULUS VII.

DE DONATIONIBUS.

Est et aliud genus adquisitionis*, *donatio*. *Donationum autem duo sunt genera : mortis causa, et non mortis causa.

TITOLO VII.

DELLE DONAZIONI.

Vi ha eziandio un' altra sorta d' acquisto, che è la donazione, e questa è di due maniere: la donazione per causa di morte, e quella per causa non di morte.

Noi troviamo in una citazione di Paolo nel Digesto l'etimologia della parola donazione. *Donatio dicta est a dono, quasi dono datum* (2) ». Ed i frammenti del Vaticano sul diritto romano ci offrono parecchie volte queste espressioni, *dono res data est*, *dono dedit*, *dono dedisti ;* per esprimere che una donazione ha avuto luogo (3).

Queste due parole *dono dare* hanno ciascuna un senso rigoroso e di diritto. La seconda, *dare* dinota che la cosa è trasferita in proprietà (4); la prima, *dono*, che il trasferimento è gratuito e per pura liberalità.

Ma quì si vuol ben distinguere il diritto primitivo originario dal diritto nuovo. Nel diritto primitivo la parola *donatio* porta necessariamente l'idea che vi è stata *dazione* della cosa, vale a dire traslazione della proprietà— La legge, concorde col linguaggio, non riconosce altra donazione — Questa non è un contratto, un obbligo fra le parti, ma un fatto compiuto, e consumato. Del resto questa dazione: questo trasferimento della proprietà non si operava in un modo particolare, ma come in tutti gli altri casi; la sola differenza stava in ciò che la sua cagione determinante era la liberalità *dono datio*.

In questa legislazione primitiva adunque si può dire con verità che la donazione era sempre un acquisto, non già di una spezie particolare, ma fondato sopra una causa particolare; in prosieguo le regole del dritto subirono de'notabili cangiamenti, e noi spiegando i paragrafi che seguono vedremo in fino a qual punto si può dire che la donazione sia un modo di acquistare.

La parola donazione, in un senso molto più esteso è stata adoperata da'romani giureconsulti per dinotare delle liberalità che consistono in vantaggi differenti da quelli d' una *datio*, o trasferimento di proprietà: per esempio, quelli che consisterebbero ad obbligarsi verso alcuno, a liberare un debitore; Questa obbligazione contratta, questa liberazione fatta gratuitamente, per motivo di liberalità (*dono*), è stata anche chiamata *donatio*. Quì la parola à deviata dalla originaria sua significazione; delle due idee racchiuse in questa sua significazione primitiva ne ha ritenuta una, quella del dono, della liberalità, causa determinante dell' atto. Del resto, egualmente che pel dono, consistendo in una gratuita traslazione di proprietà, non potea operarsi che per mezzi ricevuti in diritto a fare simili traslazioni: la mancipazione, la cessione *jure*, la semplice tradizione per le cose *nec mancipi*; parimenti consistendo il dono in una obbligazione, in una liberazione del debitore, o in ogni altro analogo vantaggio, non poteva operarsi, che pel mezzo ricevuto in diritto per atti di

---

(1) *Inst. 4, 6, §. 4.* Noi troviamo nel Digesto le parole dell' editto : « *Si quis id quod traditur (traditum est) ex justa causa non a domino* (queste ultime tre parole aggiunte probabilmente sotto Giustiniano), *et nondum usucaptum petet, judicium dabo* » (D. 6, 2, 1). Quest'azione durava tanto, quanto la vera rivendicazione, ed offriva in un certo senso un vantaggio di più in ciò, che non si era obbligato di giustificare il diritto de' suoi autori; e però era spesso intentata da' veri proprietari in luogo della rivendicazione. (2) *Dig. 39, 6, 35, § 1.* (3) Frammenti del Vaticano: *De donationibus ad legem Cinciam ; §§. 275, 281, 283.*

(4) Non si dee confondere *dare* e *tradere* : *tradere* significa dare il possesso ; *dare* trasferire la proprietà, il che è differente, quantunque l' una cosa conduca all'altra: si trova nondimeno qualche testo nel quale *dare*, non significa che *tradere*.

tal natura: per esempio la stipulazione, il contratto *litteris*, l'accettilazione, o altri, secondo i casi.

Nel titolo che ci occupa, è principalmente sotto il punto di veduta delle traslazioni di proprietà che essa può contenere, che la donazione può esser riguardata.

Noi faremo notare a questo proposito, che ne' principii del diritto romano primitivo il *dominium* o proprietà non poteva essere affetto nella sua esistenza da alcuna condizione: non si poteva esser proprietario sotto condizione, nè proprietario fino ad un tempo (1); il *dominium* o esisteva, o non esisteva; o si era proprietario del tutto, o non lo si era affatto.

Nondimeno facendosi una tradizione, una mancipazione (2), era permesso di apporvi qualche condizione, in modo che la proprietà non veniva a trasferirsi, se non quando la condizione si verificava. Non per questo era condizionale la proprietà: finchè l'avvenimento costitutivo della condizione non veniva a realizzarsi, il primo, proprietario, restava proprietario sempre, ed egli riteneva i diritti e le azioni derivanti dalla proprietà: dal momento poi che si verificava la condizione, il trasferimento della proprietà si operava (3).

In senso inverso il trasferimento della proprietà poteva esser fatto immediatamente, ma sotto la condizione che sarebbe risoluta in caso di un dato avvenimento. In tal caso la proprietà trasferita l'era puramente e semplicemente; e parimenti non si trovava rivocata pel solo compimento della condizione. L'acquirente restava sempre proprietario: il solo effetto della condizione compiuta era quello di obbligarlo a trasferire la proprietà a colui al quale dovea rivenire. Un nuovo atto di traslazione di proprietà dall' uno all'altro era necessario (4).

Questi principii erano perfettamente applicati alle traslazioni di proprietà fatte per liberalità, o in altri termini alle donazioni, e Ulpiano prende occasione di distinguere molto nettamente tre sorte di donazioni.

La prima è quando il donatore dà in maniera, che la cosa appartiene all' istante a colui che la riceve, e non più deve far ritorno al donatore: « *Ut statim velit accipientis fieri, nec ullo caso ad se reverti* ». Questa è la donazione propriamente detta: « *haec proprie donatio appellatur.* »

La seconda ha luogo quando il donatore dona in maniera che la cosa non diviene proprietà di colui che la riceve, se non quando un tale avvenimento sarà compiuto: *Ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit* ». Questa non è propriamente una donazione; poichè la donazione non ancora si è operata, e non diverrà compiuta che pel fatto della condizione; è dunque una donazione condizionale: « *Non proprie donatio appellabitur, sed totum (hoc) donatio sub conditione est* ».

La terza in fine, è quando il donatore dà in modo che la cosa diviene all'istante la proprietà di colui che la riceve, ma con la condizione che farà a lui ritorno nel caso di tale avvenimento: *Ut statim faciat accipientis; si tamen aliquid factum fuerit, aut non fuerit velit ad se reverti*: Questa non più la donazione propriamente detta: è: è una donazione risolubile sotto condizione: *Non proprie donatio dicitur; sed totum hoc donatio est, quae sub conditione solvatur* » (5), o come altrimenti si esprimono i giureconsulti: *donatio pura, quae sub conditione resolvitur* (6).

Noi diremo in diritto francese, che la prima di queste donazioni è una donazione pura e semplice; la seconda una donazione sotto condizione *sospensiva*; la terza una donazione sotto condizione *risolutiva*; e non esiteremo ad applicare queste idee di condizione sospensiva e di condizione risolutiva anche alla proprietà. Ma i giureconsulti romani, da un lato non avean guardato sotto questo doppio aspetto le condizioni, e la frase di *condizione risolutiva* era loro sconosciuta; dall' altro lato non consideravano che il dritto di proprietà poteva essere condizionale. Dicevano in quanto al primo caso che poteva esservi donazione propriamente detta; e pel secondo, che la

(1) .... *Quum ad tempus proprietas transferri nequiverit* » (Vatic. Fragm. §. 283).

(2) Si potrebbe metterle in dubbio per le emancipazioni, ma noi crediamo che simili condizioni potevano inserirsi e produrre il loro effetto. *V. f. Vatic.* §. *50.*

(3) Siccome il veggiamo. *Dig. 23, 3, de jure dot. 7, §. 3, f. Paul.* per le cose date in dote sotto questa condizione: « *Ut tunc ejus efficiantur, cum nupserit* »; e per tutti gli esempii di donazioni condizionali indicate ne'testi da noi citati.

(4) Come troviamo nel *Codice 4, 54. De pactis inter empt. 3, const. Alexand.* per le cose date in esecuzione d' una vendita risolubile sotto condizione; e ne'numerosi esempii di donazioni risolvibili che noi bentosto verremo a riferire.

(5) *Dig. 39, 5. De donat. 1, pr. f. Ulp.*

(6) Applicando qui ciò che si è detto altrove della vendita: *Dig. 41, 4. Pro empt. 2, §. 5, fr. Paul. — 18, 2. De in diem addict. 2, f. Ulp.*

donazione era condizionale, non dovendo sussistere che all'adempimento della condizione, se si avverava; in fine circa il terzo caso, dicevano, che la donazione era immediata, pura e semplice, producendo i suoi effetti all'istante, ma che la risoluzione n'era condizionale, subordinata all'adempimento della condizione.

Troviamo nel Codice di Giustiniano un titolo speciale su queste donazioni fatte con delle modalità, delle condizioni, delle apposizioni di termini: *de donationibus quae sub modo, vel conditione, vel certo tempore conficiuntur* (lib. 8. tit. 55). Veggiamo, che nel caso di donazione condizionale, per esempio, quando una somma di argento è stata data a Tizio con la condizione che ne diverrà padrone, se Sejo è nominato console, la somma, malgrado la tradizione che se ne sia fatta, non s'intende da lui acquistata, se la condizione non è adempiuta; ma una volta questa condizione adempiuta, la proprietà gli è trasferita, ed egli ne avrebbe, occorrendo, la *vindicatio* (1). Veggiamo che nel caso della donazione immediata, ma risolubile sotto condizione, quante volte la condizione viene a verificarsi, la proprietà, secondo i principii dello stretto diritto, non è perciò risoluta, e non fa ritorno al donatore *ipso jure*; ma costui ha soltanto un'azione personale (*la condictio*) contro il donatario, per costringerlo a restituirgli la proprietà (2).

Questi erano su tal punto i principii di diritto rigoroso; ma col tempo furono modificati, e già all'epoca di Ulpiano si avverte tal modificazione. In fatti noi rileviamo da' frammenti di questo giureconsulto, che la proprietà al suo tempo è considerata come da poter essere risoluta sotto condizione, e che tal risoluzione si opera *ipso jure*, pel solo effetto del compimento della condizione (3); altrettanto noi rileviamo da un frammento di Marcello (4); lo stesso Ulpiano applica specialmente questo avviso ad una donazione risolubile sotto condizione, comechè egli presenti la sua decisione come una innovazione suscettibile di controversia: « *Potest defendi in rem competere donatori* — si può sostenere, che la proprietà ritorna al donatore pel solo effetto dell'adempimento della condizione, in guisa che egli ha l'azione reale per rivendicar la cosa » (5). Infine meno di quaranta anni dopo questo giureconsulto, gl'Imperatori Valerio e Galliano in un rescritto c'insegnano, che il donante in tal caso ha per le costituzioni imperiali, non solo *la condictio*, ma ancora una *vindicatio utilis* (6).

Non fa uopo aggiungere che nelle liberalità che consistono in obbligazioni, in liberazione del debitore, o in altri vantaggi analoghi conferiti a qualcuno gratuitamente, posson esservi egualmente apposte le modalità, i termini, le condizioni, conformemente alle norme di diritto che regolano ciascuno di questi atti.

Tra gli avvenimenti che il donante può aver in veduta per subordinare la sua liberalità e farne una condizione della sua donazione, si presenta frequentemente il suo proprio decesso. È naturale, che vedendosi esposto a tal pericolo, a tal malattia, o nella previsione generale della sua morte, egli pensi a gratificare qualcuno di qualche liberalità, e che nondimeno non voglia spogliarsi della sua proprietà, se non quando perisca in tal frangente, in tale malattia, o almeno, prima del donatario: o anche spogliandosene immediatamente, ei voglia, che la proprietà faccia a lui ritorno, se sfugga al pericolo, alla malattia, o sopravviva al donatario. Tal sorta di liberalità, nella quale il donante, quantunque preferisca il donatario ai suoi eredi, preferisce se stesso al donatario, molto corrisponde all'amor di se contenuto nella natura umana, ed alle affezioni che si possono aver per i terzi: essa era di un uso molto frequente presso i romani. Le liberalità di simil natura si appellano donazioni a causa di morte (*mortis causa donatio*), le altre sian pure e semplici, siano modificate da termini o da condizioni, si chiamano per contrapposto donazioni tra vivi; (*inter vivos*). Le donazioni per causa di morte non sono altra cosa, che specie di do-

(1) *D. 39, 5, 2, §. 5, f. Ulp. — Cod. 8, 55, 5 const. Dioclez. e Mass.*

(2) *Cod. 8, 55, 1, constit. Valer. e Gallian. — 4, 6. De condictione ob causam datorum, 2, cost. Alex. c. 3, Valer. e Gallian.* — Più un gran numero di altri testi, che ben presto noi indicheremo, e che son relativi alle donazioni a causa di morte.

(3) *Dig. 6, 1. De rei vindic. 41, pr. f. Ulp.*

(4) *Dig. 18, 2, de in diem addict. 4, §. 3, f. Ulp.* riferendo un luogo di Marcello.

(5) *Dig. 39, 6. De mortis causa donatio. 29, f. Ulp.*

(6).... *Vindicationem etiam (in hoc) casu utilem.... impetrare potes. Nam (non solum) condictio tibi in hoc casu, id est, in personam actio jure procedit, verum etiam vindicationem quoque divi Principes in hoc casu dandam esse sanxerunt. (Cod. 8, 55, de donat. quae sub modo, 1, c. Valer. e Gallian. anno 259).*

nazioni modificate da una condizione; ma tal condizione essendo quella del decesso, apporta qualche conseguenza speciale, che è necessario di studiare.

Poichè le donazioni a causa di morte non sono che una modificazione particolare delle donazioni tra vivi, l'ordine logico sarebbe di cominciar da queste; ma le Istituzioni trattando in primo luogo delle donazioni a causa di morte, noi ci uniformeremo a questo metodo: le nozioni generali che abbiamo esposte sono sufficienti a supplire a quel che v'ha d'irregolare.

DELLE DONAZIONI A CAUSA DI MORTE.

1. *Mortis causa donatio est quae* propter mortis fit suspicionem,*cum quis ita donat, ut si quid humanitus ei contigisset, haberet is qui accipit; sin autem supervixisset,is qui donavit reciperet; vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesserit is cui donatum sit. Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia: nam cum prudentibus ambiguum fuerat utrum donationis, an legati instar eam obtinere oportet, et utriusque causae quaedam habebant insignia, et alii ad aliud genus eam retrahebant, a nobis constitutum est,ut* per omnia fere legatis connumeretur, *et sic procedat quemadmodum nostra Constitutio eam formavit. Et in summa mortis causa donatio est cum magis se quis velit habere, quam eum cui donat; magisque eum cui donat, quam heredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piraeo :*

Πείραι', οὐ γάρ τ' ἴδμεν ὅπως ἔσται τάδε ἔργα.
Εἴ κεν ἐμὲ μνηστῆρες, ἀγήνορες ἐν μεγάροισι
Λάθρη κτείναντες, πατρώϊα πάντα δάσονται
Αὐτὸν ἔχοντά σε βούλομ' ἐπαυρέμεν, ἤ τινα τῶνδε·
Εἰ δέ κ' ἐγὼ τούτοισι φόνον καὶ κῆρα φυτεύσω,
Δὴ τότε μοὶ χαίροντι φέρειν πρὸς δώματα χαίρων.

1. La donazione per causa di morte è quella che si fa per sospetto che si abbia di morire, quando alcuno dona in questo modo, che se egli muoia, quegli che ebbe la cosa se l'abbia per sua; ma se poi sopravviva, o si penta di aver donato, ovvero se il donatario si muoia prima di lui, egli debba riaver indietro la sua cosa. Queste cosiffatte donazioni per causa di morte sono in tutto e per tutto ridotte a simiglianza de' legati; perciocchè essendo a' prudenti venuto in difficoltà, se cotali donazioni si dovessero assomigliare alla donazione semplice, o veramente al legato, poichè aveano de' caratteri dell' uno e dell'altro, ed agguagliandole chi all' una cosa, e chi all' altra, fu ordinato da noi che si adeguassero in tutto ai legati, e così vogliamo che proceda, come nella nostra costituzione è ordinato. Ed in somma vi ha donazione per causa di morte, quando l'uomo vuol piuttosto aver egli per se, che quegli a cui vien donato, piuttosto colui al quale vien donato, che l' erede. Ed in questa maniera presso Omero Telemaco dona a Pireo:

« Pireo giacchè noi ignoriamo qual sarà la riuscita di quest' impresa, se gli orgogliosi rivali dopo avermi secretamente ucciso nel palagio, si divideranno tutti i beni del padre mio, io voglio che tu ti abbi questi presenti (1), e che ne godi piuttosto tu che alcuni di loro. Ma se io porterò tra loro la strage, allora tu pieno di gioia come me, corri a recarmeli indietro al mio palagio.

Propter mortis suspicionem. Il carattere essenziale della donazione a causa di morte non è soltanto ch'essa sia fatta nella preveggenza della morte, ma eziandio che sia *subordinata alla condizione della morte*, nel modo che spiega il testo nella seconda parte della frase, che non si dee separar dalla prima.

Così noi vediamo in un frammento di Marciano nel Digesto, che se alcuno prevedendo la sua morte, dona qualche cosa, ma in modo irrevocabile, questa è una vera donazione tra vivi, e non già una donazione a causa di morte; perciocchè la morte è certamente la ragione che determina a donare, ma non è la condizione sotto la quale la donazione è fatta (*causa donandi magis est, quam mortis causa donatio*) (2).

La morte di cui qui si tratta può essere o la morte presa in generale, in qualunque modo, ed a qualunque tempo sopravvenga, ovvero (è questo era il caso più frequente), un modo particolare di morte, di cui alcuno è minacciato in un pericolo al quale trovasi esposto, come in un combattimento, in una navigazione, o in qualsivoglia altro avvenimento.

In fine la donazione poteva esser subordinata alla condizione della morte di una terza persona, e questa era anche una donazione a causa di morte, come se un padre avesse donato alla sua nuora, pel caso che il figliuolo venisse a morire prima di lei (3).

In due differenti modi la donazione può essere subordinata alla condizione del decesso, siccome per tutt' altra condizione noi l'abbiamo indicato a pag. 296.

1. Il donante rilascia la cosa, non già in modo da renderne all'istante proprietario colui che la riceve; ma sotto la condizione che la proprietà ne verrà trasferita alla morte del donante: « *Non sic dat, ut statim faciat accipientis; sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta* » (4) « *Sic donavit*,

(1) Si tratta de' presenti fatti da Menelao a Telemaco e depositati presso Piréo

(2) *Dig. 39, 6, De mortis causa donat. 27, f. Marcian.* (3) *Dig. 39, 6, 11, f. Ulp.; 18, frag. Julian. — Cod. 8, 57, 3.*

(4) *Dig. 39, 6, 2, f. Ulp.*

ut si mors contigisset tunc haberet cui donatum est » (1). *Cum rem ita tradiderit, ut moriente eo fieret accipientis* » (2).

Questa è la donazione condizionale.

2. Il donante dà la cosa in maniera da trasferirne immediatamente la proprietà al donatario; ma con la condizione che la proprietà gli sarà restituita, se egli sfugga al pericolo, o sopravviva al donatario. « *Ita donat, ut statim fiat accipientis* » (3). *Ut jam nunc haberet, redderet si convaluisset, vel de praelio, vel peregre rediisset* » (4). Questa è la donazione immediata, ma risolvibile sotto condizione.

La forma per operare queste donazioni, era quella delle alienazioni modificate da una condizione: la cosa era data, o emancipata, se si trattava di cosa *mancipi*, o ceduta *in jure*, e la legge di questa tradizione, di questa emancipazione, o cessione *in jure*, val dire la condizione che vi era apposta, dovea produrre il suo effetto. Nel primo caso, quello della donazione condizionale, la traslazione di proprietà era sospesa, ma s'operava all'istante della morte del donante, secondo i termini della condizione (5). Nel secondo caso, quello della donazione immediata ma risolvibile sotto condizione, il trasferimento della proprietà avea luogo immediatamente; ma la legge, la condizione apposta a questa alienazione, in caso che il donante sfuggisse al pericolo previsto, o sopravvivesse al donatario, facea nascere per costui o pe' suoi eredi l'obbligazione di trasferire al donante la proprietà, quale obbligazione poteva essere sperimentata mediante la *condictio* (6); e più tardi per la interpetrazione favorevole dei giurisprudenti, e le costituzioni imperiali, era stato ricevuto, che il donante avrebbe una *vindicatio utilis*, come se la proprietà fosse a lui ritornata di pieno diritto (7).

I testi son pieni di esempî di donazioni a causa di morte fatte per tradizione (8). Quanto alla mancipazione essi han dovuto sparire sotto la redazione di Triboniano e degli altri compilatori del Digesto, poichè la mancipazione in allora era soppressa, ma abbiamo queste disposizioni delle Dodici Tavole: « *Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto* » (9). Quanto alla cessione *in jure*, si potea trarre argomento dal principio posto nelle *Vaticana fragmenta*, § 49: « *Nulla legis actio prodita est de futuro,* » che essa non potea formare il primo genere di donazione a causa di morte, cioè la donazione a causa di morte condizionale: nel mentre un frammento di Marcello offre un notevole esempio, quello di una manomissione a causa di morte per la *vindicta*, che non è altro se non una cessione *in jure* della libertà (10). È nel senso di queste tradizioni, e mancipazioni, e cessioni fatte tra le parti per operar la donazione a causa di morte, che Marciano ci dice, che in queste donazioni « *praesens praesenti dat* » (11). Tuttavia il concorso delle volontà si rende necessario (12), ma la presenza l'è solo per quanto lo esige la natura dell'atto che deve compiersi. Così essa non l'è nelle tradizioni.

Oltre le donazioni a causa di morte consistenti nelle traslazioni di proprietà, noi troviamo nei testi numerosi esempii di simili donazioni fatte per stipulazioni (13),

(1) *Ivi 20 f. Ulp.* (2) *40, 1, 15, fr. Marcell.*
(3) *Dig. 39, 6, 2, f. Ulp.* (4) *Ivi 29. f. Ulp.*

(5) Questo effetto è ben marcato nel notevole esempio che dà Marcello (*Dig. 40, 1, De manum. 15*) d'una manomissione fatta *mortis causa*: « *mors ejus expectabitur; — In extremum tempus manumissoris vitae confertur libertas; quemadmodum cum rem ita tradiderit, ut moriente eo fieret accipientis, quae ita demum alienatur, si donator in eadem permanserit voluntate* ».

(6) Oltre i testi qui sopra citati pag. 297 nota 2) eccone un gran numero che sono speciali alla donazione a causa di morte *Dig. 39, 6, 13, pr. e 19, fr. Julian.; 23. f. Afric; 26. fr. Marcian.; 35, § 5, f. Paul*, che dimostrano perchè la *condictio* esiste; *37, § 1, fr. Ulp.*

(7) Ai testi citati pocanzi (*pag. sud., note 5, e 6.*) aggiungete *Dig. 39, 6, 30, fr. Ulp.* « *condictionem vel utilem actionem habet* ».

(8) Tutti quelli indicati nella nota precedente, e nota 6, e che parlano di *condictio*: più l'esempio rimarchevole riferito da Marcello (*Dig. 40, 1 15*): « *Cum rem ita tradiderit, ut moriente eo fieret accipientis:* » ed inoltre *Dig. 39, 6, 13, § 1; 17; 18, § 3, fr. Julian; 35, § 4, e 39, f. Paul.; 42, f. Papin.* « *Traditionibus factis; — 12, 1, 19, f. Julian.* « *Is qui mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam* ».

(9) *Hist. du dr. rom. Table 6, § 1, p. 91, e 124.*

(10) *Dig. 40, 1, De manum, 15.* « La manomissione non sarà fatta in modo che lo schiavo divenga libero immediatamente, per ritornare al servaggio, se il donante sopravvive: la libertà non può essere in tal guisa risoluta; ma sarà data condizionatamente, e non si opererà che alla morte del donante.

(11) *Dig. 39, 6, 38, pr. f. Marcian. — 24, 1, 11, § f. Ulp.*

(12) *D. 44, 7, 55, f. Javolen.*

(13) *Ivi 34, f. Marcell. 35, §. 7, f. Paul; e 42, f. Papin.* nel quale il medesimo esempio fa vedere la differenza tra la traslazione di proprietà, e l'obbligo di trasferirla per donazione a causa di morte. Questa differenza si vede ancora in un modo ben chiaro nella leg. 10, *fram. d' Ulpian.* ove la donazione a causa di morte è fatta con sostitu-

per delegazioni (1), per espromissioni (2), (applicazione variata del contratto *verbis*); per accettilazione (3), per la rimessa dei *chirographa* (4) (*tit. costitutivo* del credito. V. innanzi pag. 49): allora la liberalità consiste in obbligazioni o liberazioni del debitore.

La donazione a causa di morte, essendo subordinata alla condizione della premorienza, era considerata dai giureconsulti romani, come da non dover essere confermata in modo irrevocabile, se non per morte (5), e solo se il donante avea fin là perseverato nella stessa volontà: « *Si donator in eadem permanserit voluntate* » (6). Tal perseveranza era presunta, sempre che il donante non avesse manifestato una intenzione contraria. « *Durante scilicet, propter mortis causa tacitam conditionem, voluntate* » (7). Ma il cangiamento d' intenzione bastava per autorizzare il donante a far la rivocazione (*Si eum donationis poenituisset*; *ex poenitentia; si jam mutata voluntate restitui sibi voluerit*) (8); anche quando era ancora incerto, se sfuggirebbe o no al pericolo che avea in vista (9); e ciò non solo per le donazioni a causa di morte condizionale, ma anche per quelle a causa di morte immediate, e risolvibili in caso di sopravvivenza. Nel primo caso il donante pel suo cangiamento di volontà, impediva che la proprietà per l'avvenire passasse al donatario (10), e d'allora ei poteva esercitare la *rei vindicatio*, poichè egli non avea mai cessato di esser proprietario; nel secondo caso egli avea per stretto diritto un'azione personale, la *condictio*, per farsi restituire la proprietà dal donatario; e seguendo le decisioni più favorevoli, anche una *rei vindicatio utilis*, come se la proprietà gli fosse rivenuta (11). Insomma gli effetti del cangiamento di volontà erano gli stessi che quelli della sopravvivenza. Se si trattava di liberalità consistenti in obbligazioni o liberazioni del debitore, avean luogo delle conseguenze analoghe, secondo le regole proprie a queste materie. (12).

I giureconsulti romani tocchi dall'analogia delle donazioni a causa di morte da una parte, con le donazioni tra vivi, e dall'altra co' legati: con quelle, poichè si operano alla stessa guisa di quelle mediante un concorso di volontà tra il donante e il donatario, e mediante diversi atti proprii a produrre fra persone viventi delle traslazioni di proprietà, delle obbligazioni o liberazioni; e coi legati, perchè come questi eran subordinati al predecesso del donante, e rivocabili per la sopravvivenza e cangiamento di volontà: i giureconsulti romani, diciamo, tocchi da questa duplice analogia, eran divisi sulla quistione di sapere, se bisognava assimilarli alle donazioni tra vivi o ai legati. La controversia si rendea importante, per una moltitudine di punti relativi alla capacità di donare, di ricevere, ai diritti del padrone sulla successione del libertino, e all'applicazione delle leggi speciali per l'una, o per l'altra di queste materie: p. e. della legge Cincia per le donazioni, Falcidia, pe' legati. L'opinione più generale su questi diversi punti, era quella di assimilarli ai legati, (*legatorum instar obtinent*; *comparantur legatis*; *vice legatorum funguntur*; *ad exemplum legatorum capiuntur*) (13); almeno Giustiniano che ha consacrato questa opinione, ha lasciato nel Digesto de' frammenti, ov' essa si trova dichiarata.

Così la donazione a causa di morte poteva esser fatta da tutti coloro che potevano fare un testamento o de'codicilli (14); a tutti coloro che potevano ricever per testamento (15); le disposizioni della legge Julia e Papia, sulla capacità di ricevere doveano applicarsi secondo un senato con-

zione, mediante la promessa sulla stipulazione, che il donatario fa al sostituito di trasmettergli la cosa donata, s' egli stesso è incapace a riceverla: « *si ipse capere non possit* ». (1) *Ivi 18, § 1, f. Julian.* (2) *Ivi. 31, § 3, f. Gai.*

(3) *Ivi. 24, f. Afric.; 31, § 1, e 4, f. Gai, 35, § 6, f. Paul.*

(4) *Ivi. 18, § 2, f. Julian. e 28, f. Marcell. D. 34, 3, 3, § 2, f. Ulp.*

(5) « *Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur* ». *D. 39, 6, 32, f. Ulp.*

(6) *D. 40, 1, 15, Marcell.* (7) *Ivi.*

(8) *D. 39, 6, 13, § 1, f. Julian. e 30 f, Ulp.*

(9) *Ivi, 16, f. Julian.*

(10) *D. 40, 1, 15, f. Marcell.*

(11) *D. 39, 6, 30, f. Ulp.* « *Qui mortis causa donavit, ipse ex poenitentia condictionem vel utilem actionem habet* ».

(12) Così, una *condictio*, ovvero una *actio in factum* sarebbe data per far estinguere l'obbligazione contratta, o per far ristabilire ovvero pagare il credito estinto *mortis causa (D. 39, 6, 18, § 1, f. Julian.; e 24 f. Afric.)*.

(13) *D. 39, 6, 17, f. Julian., e 37, f. Ulp.—38, 5, 1, § 1, f. Ulp. — 38, 2, 3, § 17, f. Ulp, — 6, 2, f. Paul.*

(14) *D, 39, 6, 15, f. Julian.* V. intanto, *25 § 1 f. Marcian.*: il figlio di famiglia che non potrebbe far testamento, anche col consenso del padre sul suo peculio profettizio, potrà nondimeno su tal peculio, e con siffatto consenso far delle donazioni a causa di morte.

(15) *D. 39, 6, 9, f. Paul.*

sulto alle donazioni a causa di morte come ai legati (1); i diritti del padrone quanto alla successione del libertino si esercitavano sugli uni e gli altri (2); le disposizioni della legge Falcidia per una costituzione dell'imperatore Severo vi erano applicabili (3); ma non al certo quelle della legge Cincia speciali per le donazioni tra vivi; infine l'insolvibilità del donante all'epoca della sua morte (4); o una condanna capitale, comprese quelle che portavano grande o media diminuzione di capo, facean mancare le donazioni a causa di morte egualmente che i legati (5). I giureconsulti romani spingevano questa assimilazione fino a decidere, che essa varrebbe come fedecommesso, nei differenti casi in cui la donazione a causa di morte non era stata regolarmente effettuata tra il donatario e il donante durante la vita di costui (6).

Tuttavia, sotto altri punti rimanevano ancora delle differenze importanti, che separavano la donazione a causa di morte dal legato. A prescindere dalla forma, ben diversa tra i legati e le donazioni a causa di morte, poichè queste si operavano per un concorso di volontà, e per un atto compiuto tra il donante e il donatario (*praesens praesenti dat*) (7), la qual cosa non avea luogo pei legati; fa d' uopo notare ancora questa differenza capitale: che la donazione a causa di morte non è come il legato dipendente dal testamento; donde consegue, che si trova irrevocabilmente realizzata pel solo effetto della morte (8), senza attendere l' adizione di eredità; e che resta sempre valida, benchè il testamento sia nullo, rivocato, inutile, o che l'erede rifiuti l' eredità. Per la stessa ragione, colui che avrebbe impugnato un testamento come nullo, o come inofficioso, comunque per tal motivo resti privo de' legati a lui fatti dal defunto con questo testamento, non perderebbe perciò la donazione a causa di morte (9). La capacità di ricevere la liberalità del donante non debbe esser valutata nel donatario al momento della disposizione: basta che a quest'epoca abbia la capacità voluta per la emancipazione, o la tradizione o la stipulazione, in una parola per l'atto pel quale la donazione si effettua; quanto alla capacità di ricevere le liberalità, non sarà valutata che all'epoca del decesso (10); non si applicherà dunque la regola Catoniana come pei legati. Infine noi osserviamo, che la donazione a causa di morte, consistendo in una stipulazione di annua prestazione, dovrebbe esser trattata dopo le regole delle stipulazioni, e non dopo quelle dei legati, in questo senso, di esservi una sola stipulazione, e di valutarsi in conseguenza ad una epoca la capacità del donatario; mentre nei legati di annua prestazione, si considera esservi tanti legati differenti, quanto sono gli anni; e la capacità del legatario si valuta ad ogni cominciar di nuovo anno (11).

Fra i legati adunque e le donazioni a causa di morte esistono a vicenda delle rassomiglianze e delle differenze notevoli, e non bisogna attaccarsi a questa prima dizione del testo, *ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia;* bisogna prendere il correttivo che viene in seguito: *fere per omnia.*

La forma delle donazioni a causa di morte non è restata nei termini dell'antica giurisprudenza, che noi abbiamo esposta. Quando Antonino Pio con una costituzione ordinò, che le donazioni tra figli ed ascendenti (*inter liberos et parentes*) sarebbero valide pel solo consenso, anche senza la tradizione e la mancipazione, purchè non vi fosse dubbio alcuno sulla volontà delle parti (12), anche le donazioni a causa di morte poteron farsi tra siffatte persone nel modo istesso. Quando Costanzo Cloro, padre di Costantino, ebbe introdotto per la validità delle donazioni, la necessità, che fossero *insinuate*, ossia trascritte negli atti pubblici (13), la donazione a causa di morte fu soggetta a questa formalità. Quando

---

(1) *Ivi, 35, pr. f. Paul, e 37, pr, f. Ulp.*
(2) *D. 38, 2, 3, § 17, f. Ulp. — 38, 5, 1, § 1, f. Ulp.*
(3) *Cod. 8. 57, 2, c. Gord.*
(4) *D. 39. 6, 17, f. Julian.*
(5) *Ivi, 7, f. Ulp.*
(6) *V.* i due esempi citati nel *Digesto, 31, 1, 75, f. Papin, e 39, 6,28, f. Marcell.*; aggiungi *D, 39, 6, 18, § 2, fr. Julian. e 34, 5, 5, § 2,fr. Ulp.*
(7) *D. 39, 6, 38. f. Marcell. — 24, 1, 11. § 2 f. Ulp.*
(8) *D. 40, 1, 15, f. Marcell. — 39, 6, 2, 29 e 32 f. Ulp.*
(9) *D. 34, 9, De his quae ut indignis auferuntur, 5, § 17, f. Paul.*
(10) *D. 39, 6, 22, f. Afric.*
(11) *Ivi, 6, 35, § 7, f. Paul.*—È notevole che i testi ne' quali la donazione a causa di morte è trattata altrimenti che i legati, sono il più sovente di Paolo — Intanto noi abbiamo citato un frammento di questo giureconsulto, nel quale l' assimilazione è fatta (p. precedente).
(12) *Cod. Teodosian. 8, 12, De donationib. 4, c. Constantin.*
(13) *Cod. Teodos., 3, 5, De sponsalibus et ante nuptias donationib. 1, c. Constantin.*

Costantino con tutta la necessità della *insinuazione* esigè inoltre per le donazioni l'adempimento di talune forme, e segnatamente la redazione di un' atto scritto, e la presenza di più testimoni, vi fu nominatamente compresa la donazione a causa di morte (1). Quando più tardi Teodosio e in seguito Zenone, ammisero le donazioni anche fatte senza un atto scritto, purchè fossero *constatate* da altri documenti (2), questa mitigazione di forme fu ugualmente applicata alle donazioni a causa di morte. Da ultimo Giustiniano in virtù di una costituzione speciale che si trova nel Codice (3), e alla quale il nostro testo quì fa allusione, volendo rimuovere i dubbî relativi alla quistione di sapere, se la donazione a causa di morte deve andar nella classe delle donazioni tra vivi, o in quella de' legati, regola in un modo particolare la forma di queste sorte di disposizioni. Non si richiede più nè scritto, nè presenza di persone pubbliche, nè *insinuazione*, poichè i legati non vi son soggetti. Ma se il donante ha fatto la sua disposizione a causa di morte verbalmente o per iscritto innanzi a cinque testimoni, sarà valida; e Giustiniano aggiunge la solenne decisione, che essa produrrà assolutamente i medesimi effetti del legato: « *Et omnes effectus sortiatur, quos ultimae habent liberalitates; neque ex quacumque parte absimilis* (*eis*) *intelligatur* ».

La donazione a causa di morte nell'antica giurisprudenza, egualmente che la donazione tra vivi, non era di per se stesso un mezzo di acquistar la proprietà; essa conteneva, e motivava la traslazione, ma questa si effettuava col mezzo ordinario riconosciuto a questo effetto. Si trattava di donazione a causa di morte, immediata ma risolubile per sopravvivenza? la tradizione, la mancipazione, o la cessione in *jure* erano quelle che trasferivano all'istante la proprietà al donatario, salvo l'obbligo per questi di ritrasferirla al donante, se la sopravvivenza si verificava. Si trattava della donazione a causa di morte condizionale? la proprietà si trovava trasferita all'istante del decesso previsto, per effetto dello stesso diritto, ma era in virtù della tradizione, o della emancipazione condizionale che aveano avuto luogo. Noi adottiamo questa opinione, malgrado l'avviso di coloro che pensano, dietro l'avviso di Paolo citato nel Digesto, che da quest' epoca le donazioni a causa di morte potevano essere un mezzo di acquistare, anche senza tradizione o emancipazione, come i legati (4).

Ma all'epoca di Giustiniano, e per le costituzioni di questo imperadore da noi citate, non resta dubbio che le donazioni a causa di morte fatte senza tradizione nei termini delle costituzioni, non trasferisce di per se la proprietà al punto del decesso: siccome lo faceva a questa epoca un legato senza distinzione delle antiche formole, *per vendicationem*, o per *damnationem*, ed anche un fedecommesso.

Non si vuol confondere con la *donazione* a causa di morte l'*acquisto* a causa di morte (*mortis causa capio*). Quest'ultima espressione è più generale, e comprende propriamente parlando tutti gli acquisti che si fanno per effetto della morte di una persona, e che non appartengono nè alle donazioni, nè a' legati o fedecommessi; per esempio ciò che il padre dà ai poveri per occasione della morte del suo figliuolo, ovvero ciò che lo schiavo francato per testamento, o il legatario paga all' erede per obbedire alla condizione impostagli dal testatore (5).

Delle donazioni tra vivi.

II. *Aliae autem donationes sunt quae sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus, quae omnino non comparantur legatis; quae si fuerint perfectae temere revocari non possunt.* Perficiuntur autem cum donator suam voluntatem scriptis, aut sine scriptis manifestaverit. *Et ad exemplum venditionis, nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut etiamsi non tradantur, habeant plenissimum robur et perfectum, et traditionis necessitas incumbat donatori. Et cum retro principium dispositiones* insinuari *eas actis intervenientibus volebant, si majores ducentorum fuerant solidorum, nostra constitutio eam quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare etiam sine insinuatione statuit;* et quasdam donationes *invenit, quae penitus insinuationem fieri minime desiderant, sed in se plenissimam habent infirmitatem. Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationum invenimus, quas om-*

---

(1) *Cod. Theod. 8, 12, De Donationib. 1, c. Constantin.*

(2) *Cod. Justinian. 8, 54, 29, c, Teod. e Valent. 31, c. Zen.*

(3) *C. 8, 57, 4, c. Justinian.*

(4) *D. 6, 2, De public. in rem, 1, f. Ulp.* .... «*Sed cur traditionis dumtaxat, et usucapionis fecit mentionem: cum satis multae sint juris partes quibus dominium quis manciperetur? ut puta legatum: — (2, fr. Paul.) Vel mortis causa donationes factas; nam amissa possessione competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.*

(5) *D. 39. 6. 8. f. Ulp. 31 f. Gai—38. f. Marcel.*

nia ex nostris constitutionibus, quas super his exposuimus, colligenda sunt. Sciendum est tamen, quod etsi plenissimae sint donationes, si tamen ingrati existant homines, in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram constitutionem licentiam praestitimus certis ex causis *eas revocare: ne qui suas res in alios contulerunt, ab his quamdam patiantur injuriam, vel jacturam, secundum enumeratos in constitutione nostra modos.*

2. Sono poi altre donazioni, le quali si fanno senz'alcun pensiero di morte, e le quali noi chiamiamo tra i vivi, e che non sono affatto assomigliate a' legati, le quali se saranno perfettamente fatte non si possono così temerariamente rivocare. *E fannosi perfettamente quando il donator manifesta la sua volontà in iscritto, o senza scritto.* E la nostra costituzione ha voluto che così fatta sorta di donazione ad esempio della vendita porti la necessità di dare la cosa donata, e non essendo data, abbia nondimeno la donazione pienissimo, e perfetto vigore, e sia astretto il donatore alla tradizione. E siccome per addietro i Principi volevano, che se la donazione fosse di più di dugento soldi, si facesse scrittura intervenendo atti pubblici, la nostra costituzione ha ampliato quella quantità fino a cinquecento soldi, e questa ha voluto che stia anche senza scrittura, ed ha ritrovato certe donazioni, le quali non ricercano scrittura, ma hanno in se medesime pienissima fermezza. Oltre che abbiam ritrovato molte altre cose per proteggere l'effetto delle donazioni, le quali tutte si possono raccorre dalle nostre costituzioni, che sopra questa materia abbiam fatte. Nondimeno si ha a sapere, che quantunque le donazioni sian valide, e ferme, se coloro, ai quali donando è stato fatto beneficio, saranno ingrati, abbiam data licenza ai donatori, che per certe cagioni possano rivocar le donazioni, acciocchè quegli che avranno dato le cose loro ad altri non sopportino da chi le ha ricevute ingiuria, e danno; però secondo i modi esposti nella nostra costituzione.

Perficiuntur cum donator suam voluntatem scriptis, aut sine scriptis manifestaverit. Quì è necessario ben fermare i cambiamenti che il diritto ha patiti. La donazione, noi abbiam detto, non era nella sua origine un contratto, un'obbligazione tra le parti, ma era un trasferimento della proprietà (*datio*), che avea luogo per liberalità (*dono*), e che si operava secondo le regole ordinarie: per la mancipazione, o per la cessione in *jure* per le cose *mancipi*, e per la sola tradizione per le cose *nec mancipi*: Quì sopra p. 295. «*Donatio praedii quod mancipi est, traditione atque mancipatione perficitur; ejus vero quod nec mancipi est, traditione sola* » (1).

Ma la convenzione per la quale una persona prometteva ad un'altra o per iscritto, o verbalmente, di donarle una cosa, non produceva alcun effetto, non ingenerava nè diritto nè obbligazione nè da una parte nè dall'altra; essa era semplicemente la manifestazione di un'intenzione di liberalità, ma senza alcuna conseguenza, secondo che positivamente si legge in una costituzione dell'imperadore Alessandro riferita nei Frammenti del Vaticano: « *Professio donationis apud acta factae, cum neque mancipationem, neque traditionem subsecutam esse dicas, destinationem potius liberalitatis, quam effectum rei actae continet* » (2). Questo preveniva da ciò, che nel diritto romano perchè una convenzione fosse obbligatoria non bastava ch'essa non contenesse nulla d'impossibile, o di contrario ai costumi o alle leggi, ma era inoltre necessario che si trovasse nel numero dei contratti, cioè nel numero delle convenzioni prevedute, e consacrate formalmente dal diritto civile antico siccome obbligatorie; ovvero che fosse rivestita delle forme della stipulazione. Or la convenzione di dare non era un *contratto*, ma un semplice patto, cioè una convenzione non obbligatoria per se medesima; e però quando il donante voleva obbligarsi, dovea prometter la cosa con le forme solenni della stipulazione.

Noi sappiamo che in effetti le liberalità fra vivi erano frequenti, non per atti traslativi di proprietà, ma per atti costitutivi obbligazioni o liberazioni del debitore: come la stipulazione, il contratto *verbis*, l'accettilazione; e che in questi casi, si avea per estensione conservato ancora a queste liberalità il nome di donazione (V. innanzi p. 295).

L'uso de' doni e de' presenti a certe epoche dell'anno, o in certe occasioni per parte del libertino o del cliente verso il padrone, erasi reso comune presso i romani, e divenuto una specie di obbligo di convenienza. Oltre queste liberalità di uso, sembra che i doni che pretendevano, per così dire, da' litiganti e gli oratori che li aveano difesi, o che doveano difenderli, soprattutto all'epoca in cui nella classe aristocratica principalmente si aggiravano le conoscenze e la pratica del diritto, finirono col degenerare in esazioni de' patrizii contro i plebei (3).

---

(1) Fram. del Vatic. *De donationibus ad legem Cinciam* § *313*. (2) Ivi §§. 226. e segg.

(3) *V. in Tacito* (*ann. II*, §. *5*), l'istoria di quel Cavaliere romano, Samio, che si trafisse colla propria spada nella casa del suo difensore che l'avea tradito, mentre avea da lui ricevuto 400 sesterzii, e l'emozione prodotta nel Senato per questo avvenimento, per cui si dimandò di richiamarsi in vigore la legge Cincia, negletta senza dubbio nell' uso.

Una reazione popolare contro questo abuso, congiunta senza dubbio a considerazioni più generali, fece decretare un plebiscito, che ha fatto epoca nella storia del diritto sulle donazioni, la legge Cincia, proposta dal Tribuno Cincio, l'anno di Roma 550.

Questa legge, di cui troviamo le tracce nella letteratura latina nel *Cod. di Teod.*, *nel Dig.*, *e nel Cod. di Giustian.*; oggi è da noi meglio conosciuta nelle sue disposizioni e nelle sue conseguenze, dopo la scoverta de' frammenti del Vaticano, che contengono una serie di paragrafi consacrati a questa materia (1).

Anteriore alle leggi testamentarie Furia, Voconia, e Falcidia, che restrinsero in certi limiti le liberalità fatte per testamento, (anni 571, 585, 714,) la legge Cincia era speciale alle donazioni tra vivi, e cominciò senza dubbio questo sistema di restrizioni proseguite pochi anni appresso dalla legge Furia.

Una delle sue disposizioni inibiva agli oratori di ricever doni per la causa che doveau perorare (*ob causam orandam*): è di questa che più si sono occupati gli eruditi (2).

Un'altra stabiliva una tassa (*certum modum*, *legitimum modum*), che i doni non doveano oltrepassare (3): e questa ha lasciata più tracce nel diritto: ma la tassa fissata, a noi non è nota.

Nondimeno un certo numero di persone unite per legami di cognazione, di potenza, o di affezione, erano dalla legge dispensate da siffatte limitazioni (4); per queste persone eccezionali (*exceptae personae*) si restava al diritto primitivo.

La legge Cincia avea ciò di particolare, che non pronunziava mai anche per l'eccesso, la nullità della donazione che oltrepassava il dono legittimo; e i giureconsulti la tacciano per questa parte come legge imperfetta (5). Il donante che volea rivocare la liberalità eccessiva, o che volea ricusarsi di eseguirla, non avea per difendersi contro il donatario che esercitava il diritto a lui conferito secondo le regole del diritto civile per la donazione, che un mezzo indiretto, il mezzo d'una eccezione (*exceptio legis Cinciae*) (6). Il giro di questa eccezione, di principii sottili del diritto romano a questo riguardo producono delle conseguenze curiose a notarsi.

Si trattava d'una donazione propriamente detta, cioè consistente in una traslazione di proprietà a titolo gratuito. Se questa traslazione erasi operata per una *mancipatio*, o per una cessione *in jure*, e che il donante non si fosse spogliato ancora della cosa, il donatario, divenuto proprietario per la mancipazione, o per l'*in jure cessio*, ben poteva agire per la *rei vendicatio*; per farsi rilasciar la cosa donata a lui appartenente; ma il donante, se avesse cangiato avviso, poteva opporgli l'eccezione della legge Cincia, e dispensarsi così di metterlo in possesso. Se al contrario al seguito della *mancipatio*, o dell'*in jure cessio*, la tradizione erasi fatta; o trattandosi di cose *nec mancipi*, la traslazione di proprietà erasi effettuata per la semplice tradizione, il donatario trovandosi al tempo stesso proprietario e possessore, non avea più nulla a domandare, più non avea azione contro il donante, e costui per conseguenza non avea veruna eccezione ad opporgli.

Ecco perchè i testi ci dicono che per le persone non eccettuate, la donazione divien perfetta, se si tratta di cose *mancipi*, per la mancipazione, e la tradizione riunite; e se di cose *nec mancipi*, per le semplice tradizione (7). Mentre per le persone eccettuate si resta al diritto primitivo, vale a dire che la donazione delle cose mancipi è perfetta per la sola mancipazione, o per la sola cessione *in jure*, e quella delle cose *nec mancipi* per la semplice tradizione (8). Intanto anche dopo la tradizione, sarebbe possibile al donatore di far rivivere a suo profitto il beneficio dell'eccezione della legge Cincia, se gli fosse possibile di ricovera-

(1) *Fragmenta Vaticana, de Donationibus ad legem Cinciam.* §. *266, a 316.*

(2) *Tacit. Ann. II*, §. *5.* «.... *Qua cavetur antiquitus, ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat*». *Cicer. ad Attic. 1, 20.*

(3) *Dig. 39, 5, De donat. 21*, §. *1, f. Cels.*; *e 24, f. Javol.* — *D. 44, 4, 5*, §. *2 e 5, f. Paul.*; « *supra legis modum* : — *Quod modum legis excedit*; — *supra legitimum modum* » — *Reg. Ulp. 1*, §. *1*,

(4) I cognati sino al 5.° grado e al 6.°, il cugino e la cugina; le persone *in potestate*, *manu*, *mancipiove*; taluni legami, il marito e la moglie, i fidanzati; il tutore, se egli vuol donare al pupillo ma non reciprocamente; il padrone che riceve da' libertini, ma non reciprocamente — *Vatic. fragm.* §. *298 a 309.*

(5) *Ulp. reg. 1*, §. *1. Prohibet*, *exceptis quibusdam cognatis, et, si plus donatum sit, non rescindit.* (6) *Vatic. fragm.* §. *310, f. Paul.*

(7) « *Donatio praedii quod mancipi est*, *inter non exceptas personas tradione, atque mancipatione perficitur*; *ejus vero quod nec mancipi est*, *traditione sola* » (*Vatic. fragm.* §. *313.*

(8) *Perficitur donatio in exceptis personis sola mancipatione, vel promissione*; *quoniam neque Cinciae legis, exceptio obstat, neque in factum*». (*Ibid.* §. *310*).

re questo possesso trasmessogli dal donatario. Le regole sugl' interdetti destinati a proteggere il possesso, gli fornivano il mezzo per gli oggetti mobili.

In fatti quando si elevava una contestazione sul possesso d'un oggetto mobile, questi era preferito, e per conseguenza mantenuto o restituito nel possesso, mediante l'interdetto *Utrubi*, per aver più lungamente posseduta la cosa durante l' anno (1). Se dunque il donante avea rilasciata la cosa donata, e avea cura di reclamarne il possesso per l'interdetto *Utrubi*, prima de' sei mesi dalla tradizione, gli era restituito il possesso, ed allora invano il donatario, proprietario della cosa avrebbe intentato la *rei vindicatio*: rientrato in possesso, il donante avrebbe avuto per difendersi l' eccezione della legge Cincia (2). Per gl' immobili, fatta una volta la tradizione, non avea più questo ricorso: in fatto d' immobili si dava la preferenza al possesso attuale per l'interdetto *uti possidetis* (3).

Si trattava non già d'un trasferimento di proprietà, ma d' una donazione impropriamente detta, consistente in una obbligazione di dare per libera contrattazione, mediante una promessa stipulata; quindi il donatario avea, conforme al diritto civile, un'azione personale, *la condictio* per farsi pagare; ma il donante potea respingerlo colla eccezione perenne tratta dalla legge Cincia (4). E quand'anche il donante avesse pagato, pel pagamento non era lo stesso che per la tradizione del caso precedente, poichè le regole della proprietà, e quelle delle obbligazione son diverse. Quì si applicherebbero quelle delle obbligazioni: in conseguenza il donante potrebbe ripetere per la *condictio indebiti*, la cosa datagli in pagamento, poichè la giurisprudenza ritiene, che chi può opporre una eccezione perentoria e paga, paga ciò che non deve (5).

Si può notare, che i diversi ricorsi offerti al donante per effetto della legge Cincia, ma di cui era libero di usare, o non usare, lasciavano a sua disposizione, durante l'esistenza di tai ricorsi, la specie di liberalità, e fino a certo punto, le toglievano il carattere d'irrevocabilità. In origine il beneficio di tali soccorsi, e segnatamente l'eccezione della legge Cincia, che erano perpetui, passavano agli eredi del donante. Ma lungo tempo dopo la legge Cincia un rescritto di Alessandro Severo decise, che se il donante avesse perseverato nella stessa volontà fino alla morte, la donazione si troverebbe confermata, e l' erede che volesse usare della eccezione, sarebbe respinto per la replica del dolo (6).

La disposizione d'Antonino il Pio, che dichiarò valida la donazione *inter parentes et liberos*, pel solo consenso, anche senza tradizione, nè mancipazione, purchè non vi fosse dubbio alcuno sulla volontà delle parti (V. innanzi p. 301), apportò, ma solo per questa donazione speciale, un notevole cangiamento alle regole ordinarie del diritto; poichè della convenzione di dare tra ascendenti e discendenti fece un patto obbligatorio, senz'uopo di stipulazione, o di altro mezzo civile di creare le obbligazioni. Del resto questa innovazione nulla avea tolto alla legge Cincia, perchè non si applicava che alle persone eccettuate dalla legge.

Ma la donazione considerata in generale, subì una modificazione più considerevole, prima per le disposizioni di Costanzo Cloro, che introdussero le formalità della insinuazione, ed in fine per quelle di Costantino, ch' esigerono la redazione di un atto scritto, e la testimonianza de' vicini e di altri (quì sopra p. cit.). D'allora la donazione non fu più unicamente un'alienazione di proprietà, sibbene una obbligazione, una liberazione di debitore compiuta co' mezzi ordinarii del diritto, e non differendo da altri atti simili, che pel motivo di liberalità che le determina: essa diventa un atto a parte, che esige delle formalità speciali, e non è valida, che per l'adempimento di queste formalità, sia che consista in alienazioni, sia in obbligazioni.

Noi abbiamo già parlato delle costituzioni di Teodosio e di Zenone, che mantenendo l'insinuazione, soppressero le altre forme imposte da Costantino (p. citat.). Arrivano alfine le innovazioni di Giustiniano, che accomunando a tutte le donazioni ciò che Antonino Pio aveva disposto solamente

(1) V. ciò che abbiamo detto per gl' interdetti in generale, *Esposiz. Gener. del dirit. rom. n.° 99*, e degl' interdetti sul possesso quì sopra p. 258 Quanto agl'interdetti *Utrubi V. lib. 4, tit. 15, § 4, — G. 4, §. 149 e 150. Paol. sent. 5, 6, §. 1.*

(2) *Vatic. fragm. § 311.*

(3) Appresso *lib. 4, tit. 15, §. 4.*

(4) *Vatic. fragm. §. 266.—D.44, 4, 5, § 5, f. Paul.* — Da un frammento di Celso nel Digesto si può dedurre che i pretori e la giurisprudenza, aveano più tardi ammesso nell' interesse del donante, e prima del pagamento, non solo l'eccezione della legge Cincia, ma anche un' azione rescissoria (*rescissoria*), per tutto ciò che eccedeva la tassa fissata. *(Dig. 39, 5, 21, §. 1, f. Cels.)*

(5) *Vatic. fragm. §. 266.*

(6) *Vatic. fragm. §. 259,: « Quoniam morte, Cincia removetur ». — §. 312, e 313.*

per quelle fatte tra ascendenti e discendenti, vuole che il solo consenso, scritto o non scritto, renda la donazione perfetta, comunque non vi sia tradizione.

Ma bisogna intendersi bene su questa parola *perfetta*: essa non significa, che la donazione trasferisca di pieno diritto senza tradizione e da se, la proprietà al donatario; ma solo che obbliga il donante a poter esser costretto a rilasciarla. La donazione in tal guisa, e tra ogni sorta di persone si rende non un contratto: questo nome è serbato a certe convenzioni riconosciute e sanzionatè in tal qualità dall'antico diritto civile; ma un patto obbligatorio e legittimo. Del resto la sola tradizione rende il donatario proprietario; e quindi non è esatto il dire che questa donazione, convenzione, o patto obbligatorio, sia un genere di acquisto, ma non ne è che la causa.

Insinuari vuol dire, che lo scritto comprovante la donazione debbesi render pubblico inserendolo tra gli atti de' magistrati. Le donazioni non inserite in questo modo in atti pubblici non erano nulle pel tutto, ma solamente per la parte che eccedeva la prescritta somma.

Quasdam donationes: come sarebbe a dire quelle fatte dall'imperatore, o all'imperatore, pel riscatto dei prigioni, per la riedificazione di edifizî incendiati, o rovinati.

Certis ex causis. Le cause d'ingratitudine annoverate nella costituzione di Giustiniano sono: le ingiurie gravi, le violenze contro la persona del donante, i danni considerevoli cagionati per dolo ne' suoi beni, l'attentato contro la sua vita, l'inadempimento delle condizioni della donazione. La rivocazione della liberalità per causa d'ingratitudine era tutta personale contro il donatario ingrato, e non poteva estendersi contro i suoi successori, nè contro i terzi (1).

La sopravvegnenza dei figliuoli non era in diritto romano una causa di rivocazione, tranne per le donazioni della totalità, o di una quota parte de' beni fatte da un padrone senza figliuoli al suo schiavo francato. Questa disposizione introdotta da Costantino (2) solamente pei padroni, i quali aveano in certa guisa cercato un figliuolo nel loro liberto, è stata da alcuni comentatori falsamente riguardata come applicabile a tutti gli altri donatori.

Per indicare i caratteri di differenza, e di rassomiglianza tra la donazione tra vivi, e la donazione a causa di morte, si può dire, che quasi in tutti i punti nei quali la donazione a causa di morte differisce da' legati, e che noi abbiamo notati (quì sop. p. 300), essa si avvicina alla donaziono tra vivi; e reciprocamente, che quasi tutte le rassomiglianze ch'essa ha coi legati (p. citat.) costituiscono le sue differenze con la donazione tra vivi. Si può inoltre avvertire, che la donazione a causa di morte non ha mai bisogno d'esser inserita in atti pubblici (*insinuata*), e che può aver luogo tra marito e moglie a differenza delle donazioni tra vivi (3).

Delle donazioni tra conjugi. *(Donatio inter virum et uxorem)* (4).

In quanto ai matrimoni, ne'quali la donna era passata *in manu viri*, l'ipotesi di siffatte donazioni non si poteva presentare; perciocchè siccome la donna *in manu* non poteva nulla avere nè acquistare per se medesima, risedendo tutta la proprietà nel capo di famiglia, così non poteva tra loro esser quistione di donazione. In quanto ai matrimonî, ne' quali non avendo luogo la *manus*, ciascuno de' conjugi conservava la sua personalità distinta, fu per le costumanze romane ricevuto, che le donazioni tra conjugi non sarebber valide: « *Moribus apud nos receptum est*, dice Ulpiano, *ne inter virum et uxorem donationes valerent* » (5). Le ragioni ben gravi di siffatta proibizione sono esposte dal giureconsulto, e dall'estratto ch'egli riporta di una proposizione di senato-consulto (*oratio*) fatta da Antonino Caracalla (6). In questa materia bisogna distinguer due epoche differenti: 1. quella che precedette il senato-consulto renduto su questa proposizione; 2. quella che lo seguì. Durante la prima epoca la proibizione era assoluta, la donazione tra conjugi per qualunque atto si fosse effettuata, mancipazione, tradizione, stipulazione o qualsivoglia altro, era nulla di diritto: « *Ipso jure nihil valet*, *quod actum est* » (7). Dopo il senato-consulto pubblicato sotto Antonino Caracalla questo rigore è modificato. Il consorte che dona potrà sempre rivocare la sua donazione, ma se muore senz'aver manifestato alcuna volontà a questo ri-

---

(1) Cod. 8. 56. *De revocandis donationibus* 10.
(2) *Ivi* 8.
(3) *D.* 39, 6, 43, *f. Nerat.*
(4) Su questa materia e su quella della dote, che fa seguito, vedi l'opera del nostro dotto Collega M. Pellat, *Textes sur la dot, traduits, et commentés*, 1846 in 8.°
(5) *D.* 24, 1, 1, *f. Ulp.*
(6) *Ivi* 3, *princ. f. Ulp.*
(7) *Ivi* 3, §§. 10, *e seg.*

guardo, la donazione si troverà convalidata « *Ait Oratio*: ***Fas esse eum quidem qui donavit poenitere; haeredem vero eripere, forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donaverit durum et avarum esse*** » (1). Allora si applica a questa donazione ciò che si dice de' legati, e de' fedecommessi: « ***Ut sit ambulatoria voluntas ejus usque ad vitae supremum exitum*** » (2).

Così nell'una, come nell' altra epoca alcune donazioni erano state eccettuate dalla regola; e per conseguenza eran valide ed irrevocabili, quantunque tra conjugi. Per esempio: quelle che non aveano il doppio effetto d'impoverire il donante, e di arricchire il donatario, come sarebbe la donazione di un luogo per sepoltura, d'uno schiavo per francarlo, etc. (3); quelle fatte per ottenere una dignità (4); per ristorare un edifizio rovinato per accidente (5); per far divorzio (6), ed alcune altre.

Del resto se l'uomo e la donna sono soltanto fidanzati, o se le nozze tra loro contratte si trovan nulle, non vi è ***vir ed uxor***; e però la donazione segue le regole ordinarie (7).

Della dote e delle donazioni a causa di nozze.

III. ***Est et aliud genus inter vivos donationum, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a junioribus divis principibus introductum est: quod ante nuptias vocabatur, et tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset cum matrimonium esset insecutum. Ideoque ante nuptias appellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur, et nusquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem divus Justinus, pater noster, cum augeri dotem et post nuptias fuerat permissum, si quid tale evenit, etiam ante nuptias donationem augeri, et costante matrimonio, sua constitutione permisit. Sed tamen nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos plenissimo fine tradere sanctiones cupientes, et consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus, ut tales donationes non augeantur tantum, sed et constante matrimonio initium accipiant, et non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur; et dotibus in hoc exaequantur, ut quemadmodum dotes, constante matrimonio, non solum augentur, sed etiam fiunt; ita et istae donationes quae propter nuptias introductae sunt non solum antecedant matrimonium, sed eo etiam contracto augeantur, et constituantur.***

3. Vi ha parimente un' altra sorta di donazione tra i vivi, la quale fu del tutto incognita a' prudenti antichi, e che poi dai seguenti divini principi fu introdotta, la quale si chiamava donazione innanzi alle nozze, ed aveva in se una tacita condizione, che la donazione valesse ogni volta che il matrimonio fosse adempiuto. E si addomandava innanzi alle nozze, perciocchè si faceva innanzi al matrimonio, ma non valeva facendosi dopo celebrate le nozze. Ma il divino Giustino nostro padre fu il primo che per una sua costituzione permise, che, siccome era conceduto che le doti dopo le nozze si potessero aumentare, così la donazione innanzi le nozze potesse aumentarsi durante il matrimonio; nondimeno restava il nome non conveniente alla cosa, poichè dicendosi innanzi alle nozze, l' aumento si faceva però dopo le nozze. Ma desiderando noi che le costituzioni siano in tutto perfette, ed ingegnandoci che i nomi abbiano convenienza con le cose, ordinammo, che così fatte donazioni non solamente s'aumentino, ma comincino anche stando il matrimonio, e si chiamino non innanzi alle nozze, ma per cagion delle nozze, e si agguaglino alle doti in questo, che, siccome le doti, stando eziandio il matrimonio, non solamente si aumentano, ma ancora si costituiscono; così queste donazioni, che son introdotte per cagion delle nozze, non solamente vadano innanzi al matrimonio, ma si facciano, e si aumentino eziandio dopo contratto il matrimonio.

La donazione per cagione delle nozze dalla parte del marito, intimamente si lega alla dote dalla parte della moglie; epperò è necessario esporre i principii generali, che regolano questa, innanzi che ci facciamo a trattare della prima.

Il diritto romano definisce la dote: tutto ciò che da parte della donna si apporta al marito per sopportare i pesi del matrimonio (*ad ferenda matrimonii onera*). La dote riceve eziandio la denominazione più generale di ***res uxoria*** (cosa che viene dalla donna), frase consacrata spezialmente nel nome dell' azione per la restituzione della dote (*rei uxoriae actio*) (8).

Il sistema del diritto romano su questa materia si è svolto lentamente, con l'andare del tempo. La dote non era più che la donazione tra vivi nel numero dei contratti. Essa effettuavasi da prima per la *dazione* degli oggetti fatta al marito innanzi al matrimonio; cioè pel trasferimento di questi oggetti in proprietà di lui per mezzo degli atti di alienazione riconosciuti dal diritto civile, come la mancipazione, la cessione giuridica, o la semplice tradizione

(1) *D. 24. 1. 32, § 2. f. Ulp.*
(2) *Ivi § 3.*
(3) *Ivi 5, §§ 8 a 12, e 16, f. Ulp. — Paul. Sent. 2, 23, § 2,*
(4) *D. 24, 1, 40, f. Ulp. — Ulp. Reg. 7, § 1.*
(5) *D. 24, 1, 14 f. Paul.*
(6) *Ivi 11, § 11, f. Ulp. 12, f. Paul. — 60, §§ 1. e 62, f. Hermog.*
(7) *D. 24, 1, 5, pr. f. Ulp.; 27, f. Modest.; 3, § 1, Ulp.; 65, f. Labeon.*
(8) *Vatic. J. R. Fragm. §§ 94, 102, 112, — Inst. 4, 6, § 29 — Cod. 5, 13.*

per le cose *nec mancipi* (1). In prosieguo di tempo quando alcuno si voleva obbligare a dare una dote, e non darla immediatamente, si usarono le formalità della stipulazione: il marito stipulava la dote, e quegli che voleva obbligarsi a darla, prometteva. Oltre questa forma generale di obbligarsi, s' introdusse una forma particolare, e al tutto speciale a quest' oggetto, la dizione della dote (*dictio dotis*), cioè, secondo tutte le apparenze, la dichiarazione in termini solenni di ciò che costituivasi in dote, senza alcuna precedente interrogazione del marito (2). Tutto questo da Ulpiano si riassume nelle seguenti parole: «*Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur*» (3). Ed ecco perchè la dote sotto il riguardo del modo com' è stata costituita, è o data (*data*), o detta (*dicta*), o promessa (*promissa*). La dazione e la promessa essendo forme generali del diritto civile comune, potevano esser fatte da qualunque cittadino, ma la *dizione* essendo una forma speciale, ed eccezionale, non era permessa che alla moglie, o a' suoi ascendenti paterni (4).

In ultimo luogo la convenzione in qualunque modo si fosse fatta, fu finalmente considerata come obbligatoria, e noi troviamo nel Codice una costituzione di Teodosio, e di Valentiniano, la quale consacra questo principio (5). Da quel tempo la *dictio dotis* dovè cominciare a venir meno. Sotto Giustiniano non se ne fa più parola.

Pare che assai di buon ora fu permesso non pure di costituire la dote innanzi al matrimonio, ma ancora di aumentarla, o anche stabilirla, stando il matrimonio; perciocchè Teofilo nella sua Parafrasi di questo paragrafo parla a questo proposito degli antichi giureconsulti, e noi vediamo in effetto che questa facoltà già esisteva al tempo di Paolo, il quale così si esprime: «*Dos aut antecedit, aut sequitur matrimonium, et ideo vel ante nuptias, vel post nuptias dari potest*» (6). Nondimeno le donazioni tra vivi eran proibite tra conjugi, ma la costituzione di dote si considerava come al tutto differente nel suo scopo da una ordinaria donazione. Del resto quando essa precedeva le nozze, riputavasi sempre fatta sotto la condizione tacita che il matrimonio avesse luogo: *S d ante nuptias data, earum expertat adventum*» (7).

La dote si trovò siffattamente favorita, soprattutto dopo le leggi che Augusto avea fatte per moltiplicare i matrimonî, che se ne fè quasi una cosa d'interesse pubblico, come manifestamente si vede da questa massima. «*Reip. interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt*» (8). Le donzelle aveano eziandio un'azione per costringere il loro padre, o avolo paterno a dotarle (9).

Sotto la relazione delle persone, dalle quali era costituita, la dote era o profettizia (*profectitia*), o avventizia (*adventitia*). Profettizia, se proveniva dal padre, o dall' avolo paterno, cioè se era stata costituita da loro, o da altri per conto loro; poco importava se trattavasi di una fanciulla in potestà paterna, o emancipata; perciocchè a questo riguardo, non si prendeva in considerazione la potestà paterna (10). Avventizia, se proveniva da ogni altra persona, o che fosse costituita dalla donna sui proprî beni, o da qualunque terzo (11): «*Dos aut profectitia dicitur, idest quam pater mulieris dedit; aut adventitia, id est ea quae a quovis alio data est*» (12). Questa distinzione era importante per determinare a chi dovea ritornare la dote, in caso che la donna venisse a morire, stante il matrimonio. La dote profettizia dovea ritornare al

(1) *Gai.* 2, § 63.

(2) È quistione molto dibattuta, se la dizione della dote costituì una spezie di contratto particolare indipendente dalla necessità ordinaria di una interrogazione, e d'una risposta conforme. Le forme in particolare di questa *dizione* ci sono ignote, ma il suo carattere tutto speciale, ed eccezionale chiaramente risulta, a nostro avviso, dagli estratti di Ulpiano che qui citiamo; e noi troviamo nel Digesto un gran numero di frammenti, ne'quali senza dubbio era quistione d'una dote costituita per *dizione*, e da' quali si può raccorre che la formola di siffatta *dizione* era presso a poco la seguente: «X TIBI DOTI ERUNT; FUNDUS SEMPRONIANUS TIBI DOTI ERIT; QUOD MIHI DEBES TIBI DOTI ERIT, etc.» (*Dig.* 23, 3. *De jure dot. f.* 25, 44, §. 1, 46, § 1. — È facile che il futuro marito rispondeva: ACCIPIO (*Teren. Andria*, 5, 4, etc.).

(3) *Ulp. Reg.* 6, § 1.

(4) «*Dotem dicere potest mulier, quae nuptura est, et debitor mulieris, si jussu ejus dicat; (item) parens mulieris virilis sexus, per virilem sexum cognatione junctus, velut pater, avus paternus. Dare promittere dotem omnes possunt*». Ivi §. 2.—Ved. anche *Vatic. J. R. Frag.* §§. 99, e 100.

(5) *Cod.* 5, 11, 6.

(6) *Paul. Sent.* 2, 21, §. 1, —*Dig.* 23, 3, 4, *f. Paul.*

(7) *Paul. Sent.* 2. 21. §. 2. — *Dig.* 23, 3, 21, *f. Ulp.*

(8) *D.* 23, 3, 2, *f. Ulp.*

(9) *D.* 23, 2, 19, *f. Marcian.*

(10) *D.* 23, 3, 5, §§. 1, a 8; 11, e 12, *f. Ulp.*

(11) *Ivi* §§. 9, 11, e 14.

(12) *Ulp. Reg.* 6, §. 3.

padre, o all'avolo paterno, che l'avea costituita: eglino dandola, aveano adempiuto un dovere, soddisfatta un' obbligazione di paternità, e però, morta durante il matrimonio la figliuola, riprendevano questi beni. Per contrario la dote avventizia restava al marito sopravvivente; salvo che il terzo, il quale l'avea costituita, non avesse stipulato che, in caso di premorienza della donna, dovesse la dote ritornare a lui, nel qual caso la dote addomandavasi *receptitia* (1). Se il matrimonio si discioglieva, vivendo la moglie, o per divorzio, o altramente, la dote o che fosse profettizia, o avventizia ritornava alla moglie, o a' suoi eredi (2). Giustiniano modifica in molti punti questo antico diritto, e segnatamente nel senso, che se la moglie si muore, stando il matrimonio, la dote avventizia in cambio di restare al marito, debbe ritornare agli eredi di lei (3).

La generazione successiva di ciò che noi chiamiamo il regime dotale è curiosa a studiare. Per qual gradazione dal matrimonio accompagnato dalla *manus* maritale, in cui la personalità della moglie era assorbita dal marito, in cui tutto ciò ch'ella avea, a lui come a suo capo universalmente ed irrevocabilmente si acquistava, si è passato ad un sistema, nel quale la dote apportata dalla moglie a sostenere i pesi del comune mantenimento, è conservata e garentita a lei? Questo esame sarebbe di molto interesse, ma troppo lungo ad esporre in questo luogo. Checchè ne sia, nel diritto romano primitivo sulla dote, il marito ne diviene assoluto padrone; egli può disporre a suo talento de' beni che la compongono, alienarli, obbligarli, ipotecarli senza distinzione di mobili, o d'immobili; perciocchè a lui sono stati dati in proprietà per via de' modi traslativi del dominio. Una prima restrizione è apportata a questa proprietà del marito: ed è l'obbligazione per lui di restituire i beni dotali allo scioglimento del matrimonio; cioè nella medesima natura, qualità, e quantità, ovvero il valore per le cose fungibili, o stimate nel contratto; identicamente per le altre cose. Ma quest' obbligazione di restituire in natura non è ancor sanzionata per alcuna garentia precisa; il marito essendo sempre il padrone, può sempre alienare validamente, niuna legge gli toglie questa facoltà nè pe' mobili, nè per gl'immobili. Il principio dell'inalienabilità degl'immobili dotali non ancora esiste nel diritto romano. La prima legge che comincia ad introdurlo in parte, è il plebiscito fatto al tempo di Augusto sotto il nome di Lex Julia *de adulteriis et de fundo dotali*; questo plebiscito vieta sul territorio italico di ipotecare il fondo dotale della moglie, anche col suo consentimento, e di alienarlo senza ch'ella vi consenta. L'immobile dotale a quest'epoca è ancora alienabile, soltanto si richiede il consenso della moglie. Finalmente Giustiniano stabilisce interamente l'inalienabilità degl'immobili dotali anche col consentimento della moglie; quest'immobili sono, per così dire, colpiti di mano-morta durante il matrimonio: inalienabilità che noi oggidì riguardiamo come dell'essenza del regime dotale. Il vecchio principio, che il marito è proprietario della dote resta sempre nel diritto: esso era una verità nell' antico, ma sotto molti rispetti è una falsità nel nuovo; tuttavia vi rimane come una massima (4).

Quanto alla donazione *ante nuptias*, il suo uso fu introdotto posteriormente a quello della dote; le prime tracce, che le collezioni del diritto romano ce ne offrono, appartengono al tempo di Teodosio, e Valentiniano, i quali nondimeno ne parlano come di un'istituzione di già stabilita (5).

Questa specie di donazione, che il marito faceva alla donna, avea sempre luogo innanzi alle nozze; perciocchè le donazioni tra vivi eran vietate tra i conjugi.

Essa fu introdotta a simiglianza, e come per compenso della dote, ed ecco in che consisteva siffatto compenso:

Come la donna apportava la sua dote per sostenere i pesi del matrimonio, così parimente il marito recava la donazione antinuziale, la quale era spezialmente destinata a quest'uso;

Come il fondo dotale non poteva esser obbligato verso i creditori, così parimente le cose, che componevano la donazione antenuziale, eran sicure dalle loro persecuzioni, in questo senso, che, stando il matrimonio, fino a che il marito era pienamente solvibile, la donna non avea alcun diritto ad esercitare sulle cose donate, ma s' egli diveniva insolvibile, ella avea un' azione personale ed ipotecaria per farsele dare, ed anche un' azione reale per rivendicar quelle, che erano state alienate per frode, ed ella ne godeva durante tutto il matrimo-

(1) *Ivi* §§. *4, e 5.*
(2) *Ivi* §§. *6, e 7.*
(3) *Cod. 5, 13, const. 1,* §§. *6, 13.*

(4) Ved. su questo punto i particolari che noi diamo intorno a ciò qui presso al tit. 8.
(5) *Cod. 5, 17, 8,* §. *4.*

nio (1). Per tal modo la sua sorte, e quella de' suoi figliuoli era assicurata tanto per la dote, quanto per la donazione antenuziale;

Come la dote si restituiva alla fine del matrimonio, così parimente il marito allora riprendeva tutt' i suoi diritti sugli oggetti compresi nella donazione antenuziale;

Come in certi casi la donna soffriva talora per punizione la perdita della dote, nello stesso modo il marito, se trovavasi ne' medesimi casi, perdeva la sua donazione;

Da ultimo se i conjugi avean convenuto, che il marito in caso di sopravvivenza potesse ritenere una certa parte della dote, per reciprocanza, la moglie avea diritto ad un somigliante vantaggio sulla donazione, se fosse sopravvissuta. Secondo una costituzione degl' imperadori Leone, ed Antemio (anno 468) in questi vantaggi di sopravvivenza dovea osservarsi un'eguaglianza proporzionale, il quarto, il terzo, la metà della donazione (2); e, per una Novella di Giustiniano, eguaglianza numerica, cioè la medesima somma per quello che sopravvivesse (3).

Del rimanente il testo spiega sufficientemente come, e perchè Giustiniano permette di aumentare, ed anche di costituire siffatta donazione durante il matrimonio, e come per questo egli ne cangia il nome.

IV. ***Erat olim et alius modus civilis adquisitionis, per jus adcrescendi, quod est tale. Si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuit*** **vel vindicta, vel testamento;** ***eo casu pars ejus amittebatur, et socio adcrescebat. Sed cum pessimum fuerat exemplo, et libertate servum defraudari, et ex ea humanioribus quidem dominis damnum inferri, saevioribus autem dominis lucrum adcrescere, hoc, quasi invidia plenum, pio remedio, per nostram constitutionem mederi necessarium duximus; et invenimus viam, per quam manumissor, et socius ejus, et qui libertatem accepit nostro beneficio fruantur: libertate cum effectu procedente, cujus favore antiquos legislatores multa et contra communes regulas statuisse manifestum est; et eo qui eam imposuit suae liberalitatis stabilitate gaudente, et socio indemni servato, pretiumque servi secundum partem dominii***, **quod nos definivimus**, ***accipiente.***

4. Era parimente ne' tempi passati un altro modo civile di acquistare per ragion di accrescimento, il quale è così fatto. Se alcuno che avesse avuto uno schiavo in comune con Tizio, gli avesse dato egli solo la libertà, o per via di *vindicta*, o *per testamento*, in quel caso si perdeva la sua parte e s' accresceva al compagno. Ma essendo cosa mal fatta che lo schiavo fosse defraudato della libertà, e che il padrone più umano ricevesse danno, e s'accrescesse il guadagno dello schiavo forse a più severo padrone di lui, giudicammo che fosse necessario per nostra costituzione emendar questa cosa come piena d' invidia, con pio rimedio, e trovammo una via, per la quale abbiano a godere il liberatore, il compagno, e chi riceve la libertà: rimanendo ferma la libertà, per favor della quale è manifesto che gli antichi legislatori ordinarono molte cose contro le regole comuni; e godendo il liberatore della fermezza dell' imposta libertà, ed essendo compensato del danno il compagno, col ricever il prezzo dello schiavo, *che noi abbiam diffinito*, secondo la parte posseduta da lui.

Vindicta vel testamento. Questo non è abbastanza preciso; la regola, alla quale il testo fa allusione, sta in ciò, che se la manomissione era tale che il francato avesse dovuto esser solamente Latino-Giuniano, o Deditizio, essa non produceva alcun effetto, e i comproprietarî conservavano ciascuno il lor diritto, ma se era così fatta, che avesse dovuto rendere il francato cittadino romano, allora l'accrescimento avea luogo in pro del padrone, che non avea dato la libertà (4).

Quod nos definivimus. Trovasi questa tariffa regolata secondo l'impiego dello schiavo, in una costituzione di Giustiniano inserita nel Codice lib. 7, tit. 7, 1, §. 5.

Delle azioni relative alle donazioni.

In quanto alle donazioni a causa di morte, si vuol distinguere se sono condizionali pel caso di morte; o immediate, ma risolubili in caso di sopravvivenza.

Se la donazione è condizionale pel caso di morte, in fino a che questa condizione non sia adempita, il donatore resta proprietario, egli solo ha l'azione reale per rivendicazione, il donatario non ha per ancora nè diritto esigibile, nè azione: ciò posto, se la condizione della morte viene a mancare, il donatario non ha mai avuto diritto alcuno; ma se per contrario si avvera, egli per questo solo diviene proprietario, ed acquista in conseguenza l'azione di rivendicazione (5). Un tempo ciò avveniva in virtù della tradizione o della emancipazione condizionale che gli fosse stata fatta: sotto Giustiniano, anche senza alcuna tradizione.

Se la donazione è immediata, ma risolvibile in caso di sopravvivenza, il donata-

(1) *Cod. 5, 12, 29, — 8, 18, 12, §. 2 — Nov. 109, cap. 1. — Nov. 61, cap. 1, princ. 1, e §. 3.*
(2) *Cod. 5, 14, e 9.*
(3) *Nov. 9, cap. 1.*
(4) *Ulp. Reg. tit. 1, §. 18. — Paul. sent. lib. 4, tit. 12, §. 1.*
(5) *D. 39, 6, 29, f. Ulp.*

rio riceve immediatamente la cosa, ne diviene proprietario, ed ha per conseguente l'azione reale di rivendicazione (1). Ma siccome la donazione è risolvibile, può avvenire:

1.° Che il donante si penta, e voglia rivocar la sua liberalità; i testi gli danno in questo caso due azioni: o la *condictio*, azione personale contro il donatario, per sostenere ch' egli è obbligato a rendergli la proprietà della cosa, o l' azione reale non *diretta*, cioè, discendente direttamente dal diritto, ma *utile*, cioè, conceduta solamente per equità, per utilità, perciocchè secondo lo stretto diritto, come l'abbiamo spiegato, non ritornando a lui la proprietà *ipso jure*, egli non dovrebbe avere azione reale (2).

2.° Può anche accadere, che la condizione di sopravvivenza si compia, e risolva la donazione. Allora il donante per farsi rimettere nella proprietà della cosa (3), ovvero per riscuoterne, se così gli piace (4), il prezzo, quando sia stata alienata, ha la *condictio* fondata su questo, che il caso preveduto pel mantenimento e fermezza della donazione non ha avuto luogo (*condictio quasi re non secuta*).

Oltre a quest'azione *in personam*, noi abbiam già detto che Ulpiano gli dà eziandio, ma come concessione di favore e suscettiva di esser contrastata, un'azione *in rem* per rivendicare la cosa, come se la proprietà fosse a lui ritornata di diritto pel solo effetto della sua sopravvivenza (5). Queste azioni reali, che una giurisprudenza favorevole gli concede contrariamente ai principî del diritto stretto, gli sono grandemente utili, soprattutto contro i terzi detentori, tra le mani de' quali può per tal modo seguire la cosa.

Quanto alle donazioni tra vivi, egli è evidente, che se sono state seguite dalla tradizione fatta dal proprietario, la proprietà è trasferita, e l'azione reale acquistata al donatario; ma da che queste donazioni, nella legislazione di Giustiniano son perfette indipendentemente da ogni tradizione, in questo senso che obbligano il donante a dare la cosa donata, è necessario esaminare quali sono le azioni per le quali questi può esser costretto all' adempimento della sua obbligazione. Se la donazione è stata fatta con la solennità d'una stipulazione, e d'una promessa conforme, allora hanno luogo le azioni ordinarie, che nascono dalla stipulazione (*condictio certi*, se la stipulazione è determinata; *ex stipulatu*, se è indeterminata). Ma se la donazione è stata fatta per la sola convenzione, il che altra volta formava un semplice patto non obbligatorio, allora se ne richiede l'esecuzione per un'azione personale, che si applica generalmente ai diversi casi, ne' quali un'obbligazione è stata introdotta da una nuova legge, e che addimandasi *condictio ex lege* (6). Ma qualunque sia l'azione, che si intenti contro il donatore, egli mai non dee esser condannato oltre a quello che gli è possibile di fare (7). Egli non risponde dell'evizione, salvo che non siasi a ciò spezialmente obbligato, o non vi sia stato dolo da sua parte (8).

TITULUS VIII.

QUIBUS ALIENARE LICET, VEL NON.

TITOLO VIII.

A QUALI PERSONE SIA LECITO ALIENARE, ED A QUALI NO.

Dopo aver esposto quali sono *i modi di acquistare la proprietà*, segue naturalmente, che si esamini *da quali persone la proprietà può esserci trasferita*, *e per quali persone noi possiamo acquistare*. Tali sono i soggetti di questo e del seguente titolo.

Per regola generale, per trasferire ad altri la proprietà in un modo qualunque, il che dicesi alienare (*rem alienam facere*), è necessario avere questa proprietà, e reciprocamente quando si ha la proprietà, si

---

(1) *Ivi*. (2) *Ivi 30, Ulp.*
(3) *Ivi 35, §. 3, f. Paul.*
(4) *Ivi 37, §. 1, f. Ulp.*; ma se si trattasse d'uno schiavo, che dopo la donazione fosse stato francato, per favore della libertà, si decide che non si potrebbe altro che richiederne il prezzo (*Ivi 39, f. Paul.*).
(5) *D. 39, 6, 29, f. Ulp.* Siccome l' azione reale e la *condictio* non possono generalmente per lor natura cumularsi, perchè le pretensioni dell'attore nell'una e nell'altra di queste azioni sono radicalmente contraddittorie, come appresso spiegheremo, così qui non si può trattare che dell' azione reale *utile*; o di un disparere tra i giureconsulti, i quali davano in questo caso chi l' azione reale, e chi la personale. L' azione personale è conforme ai principii del diritto civile; l' azione *in rem* non è che una concessione posteriore più favorevole.
(6) « *Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est* ». (D. 13, 2, f. Paul.) *Cod. 8, 54, 35, §. 5.*
(7) *D. 39, 5, 12, f. Ulp.*; *32, pr. e §. 3, f. Hermog.*
(8) *Ivi 18, §. 3. f. Ulp.*

può alienare. Non pertanto noi vedremo seguendo il testo, che queste due regole patiscono delle eccezioni.

Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienare non possit; et contra qui dominus non sit, alienandae rei potestatem habeat. Nam dotale praedium maritus, invita muliere, per legem Juliam *prohibetur alienare*, quamvis ipsius sit, *dotis causa ei datum. Quod nos legem Juliam corrigentes in meliorem statum deduximus. Cum enim lex in solis tantummodo rebus locum habebat, quae italicae fuerant; et alienationes inhibebat, quae, invita muliere fiebant*, hypothecas autem earum etiam volente, *utrique remedium imposuimus, ut et in eas res, quas in provinciali solo positae sunt interdicta fiat alienatio, vel obligatio, et neutrum eorum, neque* consentientibus mulieribus, *procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiae earum converteretur.*

Avviene alle volte che chi è padrone di una cosa non la possa alienare, ed all'incontro chi non è padrone abbia potestà d'alienarla. Perocchè *per la legge Giulia* è vietato al marito, non acconsentendo la moglie, di alienare il podere ch'egli abbia ricevuto per conto di dote, *quantunque sia suo* ciò che gli è dato per ragion di dote. La qual cosa abbiam ridotta in miglior forma correggendo la legge Giulia; perocchè questa avea luogo solamente in quelle cose che erano in Italia, e vietava le alienazioni che si facevano non acconsentendo la moglie, e *le ipoteche anche acconsentendovi lei*; e noi ponemmo rimedio all' una cosa ed all' altra, cioè ordinammo che sia interdetta l' alienazione e l' obbligazione in quelle cose eziandio che son poste nelle province, cosicchè non valga nè l'una cosa nè l' altra, ancorchè *le donne acconsentissero*, affinchè la sostanza loro per la fragilità del sesso femminile non abbia a patir danno.

Per legem Juliam : Legge Julia *de adulteriis*, dice Paolo nelle sue sentenze, « *cavetur ne dotale praedium maritus invita uxore alienet* » (1). Dunque si tratta del plebiscito fatto sotto Augusto, e conosciuto sotto il titolo di Lex Julia *de adulteriis, et de fundo dotali*.

Quamvis ipsius sit. Il sistema del regime dotale non si è svolto nel diritto romano che gradatamento con l' andare del tempo, siccome abbiam detto (p. 309). Nel principio le cose arrecate in dote al marito, dandosi a lui con le formalità necessarie per trasferire la proprietà, a lui appartenevano senza restrizione: «*Quamvis ipsius sit*, dice Gaio, *vel mancipatum ei dotis causa, vel in jure cessum, vel usucaptum*» (2); parole alle quali i compilatori delle Istituzioni han sostituito queste: *dotis causa ei datum*, perchè in quest' epoca la mancipazione, e la cessione *in jure* non sono più in voga. Questo diritto di proprietà si trovò successivamente modificato; da prima per l' obbligazione di rendere in natura dopo lo scioglimento del matrimonio gli oggetti particolari che non si erano stimati; e più tardi per la legge Giulia come sanzione di questa restituzione, pel divieto di alienare gl' immobili dotali senza il consentimento della moglie. Se quest'immobili, quando si arrecarono in dote fossero stati stimati, e si fosse lasciata al marito la scelta di rendere dopo lo scioglimento del matrimonio il prezzo della stima in cambio degl'immobili, è manifesto ch' egli avrebbe il diritto di alienarli (3).

Hypothecas autem etiam volente : Siccome lo scopo della legge Giulia era solamente di assicurare alla moglie la restituzione del suo immobile dotale, e non di garentire ancora quest' immobile contro la moglie medesima, così questa legge avea permesse le alienazioni fatte, *acconsentendo la moglie*: ma era mestieri che la donna avesse dato questo consenso da senno, conoscendo bene che trattavasi di alienazione, e non in una maniera indiretta e di cui ella non prevedeva le conseguenze. Ecco perchè l' immobile non poteva essere ipotecato anche acconsentendo la moglie; perciocchè quest' ipoteca avrebbe potuto indirettamente condurla ad un' alienazione, ch' ella non avea preveduta, e dall' altra parte ella non riceveva quì, come nel caso di vendita, un prezzo in cambio del suo immobile (4).

Neque consentientibus mulieribus: Quì il sistema dotale si cambia, e riceve il suo compimento; non si tratta più di assicurar solamente contro il marito i diritti della moglie alla restituzione del suo immobile, ma ancora di assicurar quest' immobile contro la debolezza della donna medesima, in tutti i casi in cui dee ritornare a lei, o ai suoi eredi dopo lo scioglimento del matrimonio. Per conseguenza esso non potrà essere alienato anche acconsentendo lei. Ecco per qual gradazione si è giunto al principio dell' inalienabilità del fondo dotale, principio che per altro non si applica agli oggetti mobiliari.

Se contro al divieto l'alienazione del fondo dotale avesse luogo, la nullità sarebbe relativa soltanto alla moglie o a' suoi e-

(1) *Paul. Sent. lib. 2, tit, 21.*
(2) *Gai. Inst. comm. 2, §. 63.*
(3) *Dig. 23, 5, 11, f. Afric.*

(4) *Ved.* intorno a ciò la parafrasi di Teofilo sotto questo paragrafo.

redi, allorchè volessero farsi render l' immobile.

La legge *Giulia* dovea disporre, salvo una formale prescrizione in contrario, pel solo territorio d' Italia, giacchè al tempo che fu pubblicata, le provincie si reggevano ancora con un sistema a parte. Nondimeno al tempo di Gaio era già controversia, se questo diritto non si dovesse applicare alle provincie: « *Quod quidem jus utrum ad italica tantum praedia, an etiam ad provincialia pertineat, dubitatur* » (1). Al tempo, e sotto il sistema provinciale di Giustiniano non vi deve più esser differenza.

I. *Contra autem, creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest: sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere videantur, nostra constitutione consultum est, ac certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere, cujus tenore utrique parti, creditorum, et debitorum satis abunde provisum est.*

1. Per il contrario il creditore può alienare il pegno secondo il patto, quantunque quella tal cosa non sia sua, ma forse pare che questo si possa fare perchè fu pattuito al principio, che fosse lecito al creditore vendere il pegno, se non si restituissero i danari. Ma acciocchè non fosse a' creditori impedito il lor diritto, e i debitori non perdessero sprovvedutamente il dominio delle lor cose, per nostra costituzione si è ordinato un certo modo pel quale si possa vendere il pegno, pel tenor della quale costituzione si è provveduto abbastanza all'una parte, ed all'altra.

Quest'esempio è tratto da Gaio, il quale vi aggiugne quello del procuratore, e del curatore, che per la legge delle Dodici Tavole può alienare le cose del furioso (2). Si può dire altrettanto del tutore a riguardo del suo pupillo, facendo tuttavia osservare, che per l'alienazione degl'immobili rustici la permissione del giudice era loro generalmente necessaria.

Quanto alle regole indicate dal testo, relativamente al pegno non è questo il luogo di spiegarle; cadrà in acconcio di farne parola quando tratteremo di questo contratto. Per ora sarà sufficiente dire che il creditore, sia convenuto, o nò, in difetto di pagamento, potrebbe vendere il pegno; questa è una conseguenza essenziale del contratto. Che anzi non si potrebbe convenire il contrario, ed il patto *ne vendere liceat*, non torrebbe al creditore il diritto di vendere; solamente gl' imporrebbe l'obbligazione di annunziare la vendita al debitore per tre precedenti denunzie (3).

La costituzione di Giustiniano, della quale quì parla il testo, è inserita nel codice (lib. 8. tit. 34. const. 3.). Essa lascia alle parti il diritto di regolare nel loro contratto il tempo, il luogo, e le altre condizioni della vita, e solo in difetto di tali convenzioni si debbono osservare le formalità prescritte dalla suddetta costituzione.

II. *Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam, ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideo si mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit,* non contrahit *obligationem, quia pecuniam non facit accipientis; ideoque nummi* vindicari *possunt, sic ubi extent. Sed si nummi quos mutuo minor dederit, ab eo qui accepit bona fide consumpti sunt*, condici *possunt; si mala fide, ad* exhibendum *de his agi potest. At, ex contrario, res omnes pupillo, et pupillae sine tutoris auctoritate recte dari possunt. Ideoque* si debitor pupillo solvat, *necessaria est debitoris tutoris auctoritas; alioqui non liberabitur. Sed etiam hoc evidentissima ratione statutum est in constitutione, quam ad Caesarienses advocatos ex suggestione Triboniani, viri eminentissimi, quaestoris sacri palatii nostri, promulgavimus: qua dispositum est, ita licere tutori, vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius sententia judicialis, sine omni damno, celebrata hoc permittat. Quo subsecuto, si et judex pronuntiaverit, et debitor solverit, sequatur hujusmodi solutionem* plenissima securitas. *Sin autem aliter quam disposuimus solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit, et adhuc eamdem summam petat*, per exceptionem doli mali *submoveri poterit. Quod si male consumpserit, aut furto amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio; sed nihilominus damnabitur, quia temere, sine tutore auctore, et non secundum nostram dispositionem solverit. Sed ex diverso, pupilli, vel pupillae solvere sine tutore auctore non possunt, quia id quod solvunt non fit accipientis: cum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa sit.*

2. Ora noi abbiamo a notare che il pupillo e la pupilla non possono alienar cosa alcuna senza autorità del tutore. Laonde se un di loro *presterà danari* a qualcuno senz' autorità, non contrae obbligazione, perciocchè non fa che il danaro sia di chi lo riceve, e però i danari si possono *rivendicare* in qualunque luogo essi saranno. Ma se i danari prestati dal pupillo fossero stati consumati da colui che li ricevette, di buona fede, si possono *addomandare* per la *condictio*, se di mala fede, si può intentar l' azione a produrre (*ad exhibendum*). All'incontro il pupillo e la pupilla possono acquistar validamente ogni cosa senza l' autorità

(1) *Gai. comm.* 2, §. 63.
(2) *Gai. comm.* 2, §. 64.

(3) *D.* 13, 7, *f.* 4, 5, *e* 6.

del tutore; laonde se il debitor paga il pupillo, gli è necessaria l'autorità del tutore, altrimenti non sarà liberato. E questo eziandio con evidentissima ragione è stato ordinato nella costituzione, la quale pubblicammo agli Avvocati Cesariensi ad istanza di Triboniano, eminentissimo Questore del nostro sacro palazzo, per la quale si comanda che sia lecito al debitore del pupillo pagare al tutore, o curatore in questa maniera, che si faccia cioè prima del pagamento una sentenza senza spese, per la quale si permetta che il pagamento si esegua. Il che fatto, e seguita la sentenza, se il debitore pagherà, s'intende cotal pagamento esser validissimo e fermo. Ma se si sarà pagato in altra maniera di quel che abbiamo ordinato, ed il danaro sia appresso il pupillo o per esso si sia fatto più ricco, e di nuovo addimandi la medesima somma di danaro al debitore, può esser ributtato per eccezione di frode e malizia (*exceptio doli mali*). In caso poi ch'egli l'avesse malamente consumato, o perduto, perchè gli sia stato rubato, l'eccezione non giova al debitore, e sarà condannato, perciocchè egli ha fatto il pagamento temerariamente senz'autorità del tutore, e non secondo la disposizione della nostra costituzione. E per il contrario i pupilli, e le pupille senz' autorità del tutore non possono far pagamento, perchè quello ch'essi pagano non divien di colui che riceve; essendochè loro non è conceduto di poter alienare cosa alcuna senz'autorità del tutore.

Noi abbiamo sufficientemente spiegata questa regola (p. 177 e seg.), che i pupilli non possono senz'autorità del tutore render peggiore la loro condizione, ma possono bene migliorarla. Noi abbiam mostrato che da siffatta regola discende fra le altre conseguenze il principio ch'eglino non possono alienar cosa alcuna, mentre possono acquistare ogni cosa.

Di cosiffatto principio il testo quì va svolgendo le conseguenze ne' tre casi particolari che ci facciamo brevemente a discorrere.

PRIMO CASO. *Si mutuam pecuniam dederit.* (se il pupillo senza autorità presterà danari). Il *mutuum* è il prestito che noi chiamiam di consumo (ved. p. 84). Quest'atto era pel diritto civile de' romani annoverato tra' contratti; esso avea per effetti principali: di trasferire a colui che toglieva in prestanza, la proprietà delle cose che gli eran date in *mutuum*, e per conseguenza di obbligarlo non già a rendere identicamente le cose nel tempo determinato, ma a trasferire alla sua volta al prestatore la proprietà di cose della medesima natura, qualità, e quantità. Quest' obbligazione, che contraeva chi toglieva in prestito, formava l'obbligazione essenziale del *mutuum*; il prestatore ne richiedeva l' esecuzione con la *condictio certi*, azione personale, che si dava spezialmente pel solo *mutuum*, ma applicavasi a diversi altri casi, e per la quale nella spezie del *mutuum* il prestatore sosteneva, che chi avea tolto in prestito, era tenuto di dargli in proprietà tali cose, di tal qualità, di tal peso, numero, o misura.

Non contrahit obbligationem (non forma un contratto). Siccome il pupillo non può alienare, così gli oggetti che egli dà non divengono la proprietà di chi li riceve, e però non si produce questo primo effetto principale del *mutuum*; per conseguenza non si dà luogo nè all'obbligazione essenziale che da esso proviene (cioè quella di surrogare, al tempo convenuto, le cose acquistate per effetto del prestito, trasferendo in proprietà al prestatore cose della medesima natura, qualità, e quantità), nè per conseguente alla *condictio certi* che ha per iscopo di procurarne l'esecuzione. Il solo effetto che risulta dall'avere il pupillo dato alcuna cosa è, che colui il quale l' ha ricevuta trovasi detentore di cose appartenenti al pupillo.

Ciò posto veggiamo quali azioni ha il pupillo per farsi restituire queste cose. Questo è un punto che nel diritto romano merita tutta l'attenzione.

1. Se le cose non sono state consumate, e si trovano ancora identicamente nelle mani di chi le ha ricevute, il pupillo avrà la *revindicazione* (*rei vindicatio*), azione per la quale egli sosterrà che queste cose appartengono a lui. È cosa manifesta che in questo caso egli non avrà la *condictio certi*, cioè l'azione con la quale si sostiene che il detentore sia obbligato di *trasferire* in cambio la *proprietà* di cose della medesima natura, qualità, e quantità.

2. Se le cose sono state consumate di buona fede, allora il pupillo non può rivendicarle, poichè esse più non esistono; questo è il caso d' intentare la *condictio certi*, per essergli trasferite in proprietà cose della medesima natura, qualità, e quantità.

3. Se le cose sono state consumate di male fede, il pupillo avrà l'azione *ad exhibendum*: bisogna riportarsi a ciò che intorno a quest'azione abbiam detto (qui sop. p. 241). Quivi si vedrà che essa avea per fine di far *esibire* presentare o produrre identicamente da qualcuno delle cose che egli avea nascoste, fatto sparire, *o anche distrutte* di mala fede; che in quest' ultimo caso non potendo per effetto del suo dolo presentare identicamente delle cose, che non esistevano più, egli era condannato ai danni interessi risultanti da quest'im-

possibilità; e questo era il vantaggio che l'azione *ad exhibendum* offeriva al pupillo.

Secondo caso. *Si debitor pupillo solvat*, (se un debitore fa un pagamento al pupillo). Il pupillo non potendo render peggiore la sua condizione, non può estinguere un credito: questa è una regola ben ferma: nondimeno siccome egli può acquistare ogni cosa, divien proprietario di ciò che il debitore gli dà in pagamento, e questi non più rivendicare gli oggetti che gli ha dati; ed ecco perchè dalla regola, che il pupillo può acquistare tutto seguita che sia necessario pel debitore di non dargli nulla in pagamento senz' autorità del tutore. E quì si vuol ben avvertire che nell'interesse appunto del debitore, e non già del pupillo il testo parla della necessità dell'autorizzazione (*necessaria est debitori auctoritas*). In questo senso l'*ideoque* del testo esprime una conseguenza strettamente logica, ed è colpa dei comentatori, se per non averlo inteso a questo modo vi hanno scorta una inconseguenza.

Non potendo più il debitore revindicare le cose date, giacchè il pupillo le ha acquistate, non gli rimane in suo favore altro che le conseguenze del principio che niuno si dee arricchire a spese altrui, principio che si applica eziandio agl' impuberi, come abbiamo già detto (p. 177). Ecco perchè rimane al debitore *l' eccezione del dolo* per far tener conto di ciò che egli ha dato fino alla concorrenza di quel che il pupillo ha guadagnato.

Plenissima securitas. La costituzione che Giustiniano quì indica è inserita nel Codice (lib. 5. tit. 37. const. 25.). Essa non si applica al pagamento degli affitti, interessi, ed altre entrate che son dovute al pupillo. Per valutare gli effetti di questa costituzione, ed il senso di queste parole *plenissima securitas*, si dee osservare: che, secondo il diritto, il pagamento fatto con l'autorità del tutore liberava il debitore, ed il debito rimaneva estinto; ma se dipoi il pupillo non poteva ricuperare dal suo tutore questo credito ch'era stato pagato, e se a cagione dell' insolvibilità di questo tutore egli si trovava esposto a soffrire un danno, poteva accadere che il pretore gli concedesse secondo le circostanze una restituzione in intero (*in integrum restitutio*), cioè lo rimettesse nel suo primo stato, e facesse rivivere il suo credito, come abbiamo già spiegato (p. 186). Questo rischio della restituzione in intero si evitava dal debitore, quando non pagava al tutore se non dopo la permissione del giudice, e per siffatta ragione questa maniera di fare il pagamento gli procurava piena, ed intera sicurtà.

Terzo caso. *Se l'impubere paga senz'autorizzazione*. Il pagamento in diritto romano è un atto di alienazione, perciocchè la cosa dovuta in proprietà non era alienata per la semplice convenzione, ma solamente per la tradizione. Adunque il pupillo non poteva pagar validamente, e quì si dee applicare ciò che abbiam detto delle cose ch'egli avesse per avventura date *in mutuum*.

TITULUS IX.

PER QUAS PERSONAS CUIQUE ACQUIRITUR.

TITOLO IX.

PER MEZZO DI QUALI PERSONE NOI ACQUISTIAMO.

La forma tutta propria del diritto romano in questa materia consiste ne' due principii già innanzi indicati (173): il primo è che secondo il diritto civile la persona del cittadino romano non può esser rappresentata da un'altra, ciascuno può solo per se medesimo operare negli atti civili, contrattare, acquistare. Il secondo, che tutti coloro i quali sono sottoposti al capo di famiglia si reputano formare una sola, e medesima persona con lui; la loro individualità si confonde nella persona di lui, s'identifica con essa. Essi adunque come parte subordinata, come dipendenza, come strumento di questa persona possono intervenire in sua vece in diversi casi, contrattare, acquistare per essa. Il testo quì esamina relativamente all'acquisto della proprietà da prima le conseguenze di quest'ultimo principio, e di poi quelle del primo.

Adquiritur vobis non solum per vosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habetis: item per eos servos in quibus usumfructum habetis; item per homines liberos, et servos, quos bona fide possidetis, de quibus singulis diligentius dispiciamus.

Vi si acquista non solamente per voi medesimi, ma eziandio per mezzo di coloro, che avete in vostro potere, similmente per quegli schiavi, ne'quali avete usufrutto, e per gli uomini liberi, e per gli schiavi d' altri, i quali possedete di buona fede; le quali cose tutte particolarmente andremo esaminando.

Vi si acquista per mezzo di coloro i quali avete in vostro potere: ciò vuol dire

che quantunque gli avvenimenti, dai quali nasce la proprietà, si effettuino nel loro individuo, pure producono la proprietà non per loro, ma per voi, perchè la loro invidualità, si confonde nella vostra persona, della quale essi son reputati come una dipendenza, e strumento. Ma siccome questa confusione non è compiuta in ogni caso, e varia secondo la natura del potere, così l'acquisto della proprietà non si effettua per ogni caso, a riguardo di tutti; essa ha luogo con più o meno di estensione secondo le persone, e secondo i diritti ai quali si trovano soggette.

Acquisto per mezzo dei figliuoli di famiglia.

I. *Igitur liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem, quidquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus peculiis), hoc parentibus suis acquirebant sine ulla distinctione. Et hoc ita parentum fiebat, ut esset eis licentia, quod per unum, vel unam eorum adquisitum est, alii, vel extraneo donare, vel vendere, vel quocumque modo voluerint, applicare. Quod nobis inhumanum visum est; et generali constitutione emissa, et liberis pepercimus, et patribus honorem debitum servavimus. Sancitum etenim a nobis est, ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observationem totum parenti adquiratur. Quae enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filius familias adquisivit, hujus usumfructum patri quidem adquirat, dominium autem apud eum remaneat; ne quod ei suis laboribus, vel prospera fortuna accessit, hoc in alium perveniens, luctuosum ei procedat.*

1. E prima acquistavano per voi i vostri discendenti che avete in vostra potestà, così maschi, come femine. Già anticamente ciò ch' essi guadagnavano, fuor solamente il peculio castrense, era senza alcuna distinzione de' padri, ed era acquistato ai padri in così fatto modo, che essi potevano, quel che l'un figliuolo avea acquistato, dare, vendere, ed in qualunque altro modo applicare a un' altro de' figliuoli, ovvero a persona estranea. La qual cosa a noi è paruta crudele, e per una general costituzione abbiamo provveduto a' discendenti, e conservato il debito onore a' padri. Imperocchè abbiam sanzionato, che tutto ciò che il figliuolo guadagnerà col mezzo di una cosa del padre, quel guadagno, secondo l' usanza degli antichi, si acquisti per lui. Perciocchè qual ingiuria si fa al figliuolo se quel ch'egli si ha guadagnato col mezzo, e per occasione del padre ritorna al padre medesimo? ma se il figliuolo per altro mezzo si avrà acquistato qualche cosa, l'usufrutto sia del padre, ed il dominio si resti appresso il figliuolo, acciocchè quello, che egli si ha acquistato con le sue fatiche o col mezzo di buona e felice fortuna, non gli sia cagione di dolore, vedendolo andare in altra persona.

Il principio generale era, che quegli il quale si trova in proprietà di altri non può aver nulla in sua proprietà. Così dice Gaio nelle sue Istituta. « *Qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest* » (1). Per conseguenza quelli che erano in potestà, il che comprende i figliuoli di famiglia, e gli schiavi; quelli che erano *in manu*, cioè le donne che eran passate sotto la mano del loro marito; e quelli che erano *in mancipio*, cioè le persone libere soggette al diritto di *mancipium*, non potevano aver nulla in loro proprietà; e però di tutte queste persone dicevasi senz'alcuna differenza tra loro, che tutto quel che ricevevano per mancipazione o per tradizione, ciò che stipulavano, o acquistavano per una causa qualunque, lo acquistavano non per esse, ma pel capo di famiglia. « *Acquiritur autem nobis*, dice Ulpiano nelle sue Regole di diritto, *etiam per eas personas, quas in potestate, manu, mancipiove habemus. Itaque si quid, mancipio puta, acceperint, aut traditum eis sit, vel stipulati fuerint, ad nos pertinet* » (2).

Non vi era altro temperamento a questo rigore del diritto, che l'uso il quale aveano i capi di famiglia di lasciare a queste persone, e segnatamente ai loro figliuoli, o a'loro schiavi, una certa porzione di beni, di cui aveano personalmente l'amministrazione, e l'uso, ma solamente per tolleranza fino a che piaceva al capo di famiglia, e sempre in suo nome. Questo è ciò che chiamavasi *peculio*. In questo stato del diritto il peculio del figliuolo di famiglia non differiva da quello dello schiavo.

Noi non c'intratterremo più a lungo delle persone poste *in manu*, *o in mancipio*, che non erano più sotto Giustiniano; basterà ciò che ne abbiam detto (pag. 144 e 153 e segu.).

In quanto ai figliuoli di famiglia, vediamo per quale gradazione son passati, relativamente ai beni, fino a Giustiniano.

Fin dai primi tempi dell'impero, in cui le imperiali costituzioni prodigavan privilegi ai soldati, sotto Augusto, sotto Nerone, sotto Traiano, si cominciò a stabilire che quanto i figliuoli di famiglia avessero acstato per occasione del loro servizio mi-

(1) *Gai. Inst. comm.* 2, § 87.
(2) *Ulp. Reg. tit.* 19, § 18. — Ved. anche *Gai. loco citato*. Tuttavia vi era una differenza controvertita relativamente non già alla proprietà, ma al possesso, tra le persone *in potestate* e quelle che erano solamente *in manu*, ovvero *in mancipio*. Ved. *Gai. Inst. comm.* 2, § 90.

litare, ne avrebber potuto disporre o tra vivi, o per testamento, come se fossero a questo riguardo padri di famiglia. Ciò si addomandò Peculio militare o del campo (*peculium castrense*); e passò in assioma questa regola: « *Filii familias in castrensi peculio vice patrum familiarum funguntur* » (1). In fatti è da notare che da quest'epoca riconoscendosi ne' figliuoli di famiglia la capacità d'esser proprietarii, di aver delle cose proprie, per conseguenza di disporne, e di fare gli atti che il commercio di queste cose comportava, si venne a costituir loro una propria personalità, una persona civile distinta da quella de' capi di famiglia, e da quel punto il principio del diritto primitivo, che i figliuoli di famiglia non hanno persona, che la loro individualità è assorbita nella persona del capo, di cui non sono che una dipendenza, uno strumento, cominciò a divenir falso. Un titolo del Digesto partitamente enumera ciò che è compreso, o no nel peculio castrense(2).

Più tardi, e ad imitazione del peculio castrense, fu da altri imperadori stabilito, che certi beni, quantunque non fossero acquistati nel servizio militare, apparterrebbero ai figliuoli di famiglia come il peculio militare, e questo si addomandò peculio *quasi castrense*. Alcuni passi di Ulpiano provano che ai tempi di questo giureconsulto siffatto peculio era già conosciuto; ma le regole ne furono fermate e svolte principalmente dalle costituzioni di Costantino il Grande, e dopo lui alcuni imperatori le estesero anche di più. Costantino elevò a peculio quasi-castrense tutto ciò che i varî ufiziali del palazzo, la cui enumerazione trovasi nella sua costituzione, avesser guadagnato esercitando i loro uffici, sia per loro economia, sia per doni dell'imperatore (3). Questo favore di avere un peculio quasi castrense fu di poi esteso ad altre professioni: da Teodosio e Valentiniano agli avvocati pretoriani, e a diversi uffiziali del pretorio prefetturale; da Onorio e Teodosio agli assessori, ed agli avvocati di tutte le giurisdizioni; da Leone ed Antemio a tutti gli avvocati che difendono le parti in giudizio; ai vescovi, ai capi di presbiteri, e diaconi ortodossi; ed in fine per disposizione di Giustiniano tutto ciò che proveniva da una liberalità imperiale in favore del figliuolo di famiglia, formava peculio quasi castrense. I figliuoli per rispetto a questo peculio, eran considerati come capi di famiglia non altrimente che pel peculio militare.

Costantino istituì un terzo genere di peculio, che i comentatori han chiamato peculio avventizio (*peculium adventitium*), il quale si componeva, secondo la costituzione di quest'imperatore, di tutti i beni raccolti dai figliuoli di famiglia nella successione della loro madre tanto per testamento, quanto *ab intestato*; il padre non acquistava su questo peculio che un diritto di usufrutto, ma la proprietà restava al figliuolo (4). Arcadio ed Onorio lo estesero a tutto ciò che proveniva al figliuolo di famiglia o per successione, o per liberalità dell'avolo, o dell'avola, o di altri ascendenti della linea materna (5); e Teodosio, e Valentiniano, a tutto ciò che proveniva da un conjuge all'altro (6). E secondo la costituzione di Giustiniano, ricordata qui sopra nel testo, questa sorta di peculio è anche maggiormente estesa, dappoichè essa comprende tutto quello che i figliuoli di famiglia acquistano per qualsivoglia causa, tranne ciò che proviene dalla cosa del padre (7).

Sicchè sotto Giustiniano la condizione dei figliuoli di famiglia in quanto ai beni è ben altra da quel che era anticamente: essi hanno primieramente il peculio propriamente detto, cioè i beni, di cui il padre lascia loro precariamente l'amministrazione, ed il godimento, peculio che i comentatori han chiamato *profettizio*, e che provenendo dal padre solo, appartiene effettualmente al padre. In secondo luogo hanno in tutta proprietà come veri capi di famiglia, potendone disporre tra vivi e per testamento, i peculî castrense e quasi castrense, sui quali il padre non ha alcun diritto. Da ultimo tutti gli altri beni provegnenti da qualsivoglia causa, e che i comentatori comprendono sotto il nome di peculio *avventizio*, appartengono in loro proprietà, senza che però ne possano disporre tra vivi o per testamento, ed il padre non ne ha che il solo usufrutto: vi sono ancora dei casi in cui egli è privato di questo usufrutto: per esempio, se i beni sono stati legati al figliuolo con questa condizione. Il capo adunque non è più il solo proprietario nella

---

(1) *D. 14. 6. De Sen.-cons. Macedoniano 2, f. Ulp.* (2) *D. 49, 17, De castrensi peculio.*
(3) *Cod. 12. 31, De castrensi omnium palatinorum peculio; lex unica.*
(4) Cod. 6. 60. *De bonis maternis. 1.*
(5) *Ivi, 2.*
(6) *Cod. 6, 61. 1.*
(7) *Ivi, const. 6.*

famiglia, il figliuolo non va più a confondersi ed assorbirsi in lui; la sua personalità è stabilita; il diritto di Roma non è più.

II. *Hoc quoque a nobis dispositum est in ea specie, ubi parens emancipando liberum, ex rebus quae adquisitionem effugiunt, sibi partem tertiam retinere, si voluerit, licentiam ex anterioribus constitutionibus habebat, quasi pro pretio quodammodo emancipationis. Et inhumanum quidam accidebat, ut filius rerum suarum, ex hac emancipatione, dominii pro parte tertia defraudaretur, et quod honoris ei ex emancipatione additum est, hoc per rerum diminutionem decrescat. Ideoque statuimus ut parens, pro tertia dominii parte, quam retinere poterat, dimidiam non dominii, sed ususfructus, retineat. Ita hae res intactae apud filium remanebunt, et pater ampliore summa fruetur, pro tertia dimidia potiturus.*

2. Ed essendo ne'tempi addietro una costituzione, per la quale ai padri che emancipavano i figliuoli era lecito, se volevano, ritenersi la terza parte delle cose guadagnate dal figliuolo, quasi come prezzo dell' emancipazione; era cosa veramente crudele, che il figliuolo per cotal emancipazione fosse defraudato del dominio della terza parte delle sue cose, e che quanto gli veniva accresciuto di dignità, per esser fatto libero, altrettanto gli fosse scemato per la diminuzione delle sue facoltà; e però noi abbiamo ordinato che il padre in cambio della terza parte del dominio ch'egli poteva ritenersi, si ritenga la metà non del dominio, ma dell'usufrutto. Per questo modo le cose si resteranno intatte appresso il figliuolo, ed il padre si goderà maggior somma, godendosi, in cambio della terza parte, la metà.

Per l'emancipazione cessava la potestà paterna, e con essa l'usufrutto, che il padre di famiglia avea sui beni dei suoi figliuoli. Ma alcune costituzioni imperiali gli davano in questo caso il diritto di ritenere, come prezzo dell' emancipazione, il terzo, in tutta proprietà, dei beni di cui perdeva l' usufrutto. Per disposizione di Giustiniano egli ne riterrà la metà non in proprietà, ma solamente in usufrutto: e però in diffinitivo egli per l'emancipazione perderà soltanto la metà dell' usufrutto, che avea in qualità di padre; ma questa metà ch' egli ha la facoltà di ritenere, non gli rimarrà più al medesimo titolo, giacchè non la riterrà più per effetto della potestà paterna.

Acquisto per mezzo degli schiavi di cui si ha la proprietà, l'usufrutto, l'uso o il possesso di buona fede.

III. *Item vobis adquiritur quod servi vestri ex traditione nanciscuntur*, sive quid stipulentur, *vel ex qualibet alia causa adquirant: hoc enim vobis ignorantibus, et invitis obvenit. Ipse enim (servus) qui in potestate alicujus est, nihil suum habere potest. Sed et* si heres institutus sit, *non alias, nisi jussu vestro hereditatem adire potest. Et si vobis jubentibus adierit, vobis hereditas adquiritur, perinde ac si vos ipsi heredes, instituti essetis: et convenienter scilicet vobis* legatum *per eos adquiritur. Non solum autem proprietas per eos, quos in potestate habetis, vobis adquiritur, sed etiam possessio. Cujuscumque enim rei possessionem adepti fuerint, id vos possidere videmini: unde etiam per eos usucapio (vel longi temporis possessio), vobis accedit.*

3. Similmente si acquista per voi quel che i vostri schiavi o per tradizione, o per legato, o per qualunque altra cagione acquistano, e cotal guadagno vi viene, tuttochè voi non sappiate, o non vogliate nulla; perciocchè lo schiavo che è in potestà d' altri non può aver nulla di suo. Ma se lo schiavo *sia istituito erede*, non può accettar l'eredità senza vostro comandamento. E se egli l' accetta comandandolo voi, l' eredità si acquista per voi non altrimenti che se voi medesimi foste stati istituiti eredi, e medesimamente da voi si acquista per mezzo loro il *legato*. E per mezzo di coloro che avete in vostro potere non solamente acquistate la proprietà, ma eziandio il possesso. Perocchè di qualunque cosa essi acquisteranno il possesso, di tutto voi medesimi sembrate esserne possessori. Laonde parimente per loro vi viene l'acquisto mediante l'uso, ed il possesso per lungo spazio di tempo.

Il dritto relativamente agli schiavi è rimasto in tutto il suo rigore primitivo. Essi non han nulla di proprio; non vi è a lor riguardo altro peculio che quello, di cui il padrone lascia loro, finchè gli piace, l'amministrazione ed il godimento precario, e di cui egli è sempre proprietario agli occhi della legge.

Questo paragrafo tratta di due spezie di diritti, che il padrone acquista pel suo schiavo, cioè la proprietà, ed il possesso. Esaminiamo l' una e l' altro.

In quanto alla proprietà, tutto ciò che si acquista dallo schiavo per una causa qualunque produttiva di proprietà (*ex qualibet causa*), tutto è immediatamente acquistato pel padrone, ancora che nol sappia o non voglia (*ignorantibus et invitis*). Ecco la regola generale.

Il testo tratta di poi di due modi particolari: l' eredità, ed il legato.

Sive quid stipulentur. La stipulazione, come più volte abbiam detto, non era un modo di acquistar la proprietà, ma solamente di obbligare verso di se il promettente; il testo dunque debbe intendersi in questo senso, che si tratti non di una semplice stipulazione non ancora eseguita, ma di una tradizione fatta allo schiavo per ef-

fetto di una stipulazione precedente, o di qualsiasi altra cagione, per esempio, per effetto di una compra, di una donazione, di una convenzione. Nondimeno egli è parimente vero che gli schiavi, i quali non potevano *promettere* pel loro padrone, nè obbligarlo personalmente, potevano stipulare per lui, e che il benefizio della stipulazione, cioè l'azione contro il promettente, era deferito al padrone. Ma di questa materia si tratterà più avanti nel libro delle obbligazioni (1) e non quì, dove non si tratta che dei modi di acquistare, per mezzo di altri, la *proprietà* o *il possesso*.

Si haeres institutus sit. L'acquisto di un' eredità non è un acquisto ordinario; essa comprende non solamente i beni, ma ancora i carichi, i debiti, le obbligazioni, che compongono l'eredità; essa importa sostituzione dell'erede alle persona del defunto. L'erede adunque accettando, non si limita ad acquistare l'eredità, ma si obbliga personalmente. Ecco perchè la regola generale che i padroni acquistano per mezzo de' loro schiavi, ancorchè nol sappiano o non vogliano, non si applicava all'eredità: siccome lo schiavo non poteva obbligare il suo padrone, così non poteva accettare l'eredità se non col suo consentimento, e per suo comando.

Legatum. Il legato differiva dall' eredità sopra alcuni punti importanti, che producevano delle notabili differenze nell'acquisto dell' uno o dell'altra per mezzo degli schiavi. Così:

In primo luogo il legato a differenza dell'eredità non importava alcuna successione ai debiti, nè alle obbligazioni del defunto; in conseguenza il legato fatto allo schiavo era acquistato dal padrone a sua insaputa, e contro sua volontà;

In secondo luogo il diritto eventuale al legato era acquistato dal legatario dal momento della morte del testatore (2), mentre l'eredità non era acquistata dall' erede istituito, che per l'accettazione, ed al momento che questa avea luogo. Ecco le conseguenze che da ciò derivavano: il legato fatto allo schiavo era acquistato dal padrone, al quale egli apparteneva *al momento della morte del testatore*; mentrechè l'eredità lasciata allo schiavo era acquistata pel padrone al quale apparteneva *al momento dell' accettazione*, e per comando del quale faceva la detta accettazione.

Se si domanda a qual prò si lasciava un legato, o una eredità allo schiavo piuttosto che al padrone, quando questi in diffinitivo dovea riputarsi o legatario o erede, si può rispondere, che il padrone, al quale lo schiavo apparteneva al momento che il testamento erasi fatto, non entrava per nulla nella liberalità; la speranza del legato, o dell'eredità poggiavasi in certo modo sul capo dello schiavo, e lo seguiva nelle sue diverse condizioni in fino a che questa speranza non si fosse effettuata divenendo un diritto acquistato. E però a riguardo del legato, se lo schiavo prima della morte del testatore passava ad un altro padrone diveniva libero, o moriva, la speranza del legato passava con lui, nel primo caso, al suo nuovo padrone, nel secondo, a lui stesso, e nel terzo, diventava caduca. Parimente a riguardo dell' eredità, fino a che l'eredità non si era accettata, lo schiavo portava con lui la sua istituzione; se innanzi che l'accettazione fosse fatta, egli passava successivamente a nuovi padroni, acquistava l'eredità per colui che gli comandava d'accettare l'eredità; se diveniva libero, a lui stesso; e se moriva, l'istituzione svaniva. Uno schiavo, sul cui capo poggiavasi per questo modo un diritto di eredità, era più prezioso, vendevasi più caro, e se era ucciso una più forte indennità era dovuta al suo padrone secondo l'importanza dell'eredità.

Sed etiam possessio. Ora passiamo al secondo soggetto di che si tratta nel testo: l'acquisto del possesso per mezzo degli schiavi. Tutto ciò che riguarda il possesso è stato superficialmente indicato nelle Istituzioni: bisogna intorno a ciò riportarsi a quel che noi più sopra ne abbiam detto (quì sopra p. 225 e seg., e 252 e seg.). Quivi abbiam veduto che il possesso legale si compone di due elementi: il *fatto* che sta in ciò che la cosa trovasi in maniera qualunque a nostra libera disposizione; e l'*intenzione* che sta nella volontà di possedere come proprietario.

Ciò posto, il *fatto* si ha, ogni volta che esso si compie nella persona del nostro schiavo; perciocchè la cosa, che questi tiene a sua libera disposizione per noi ed

(1) Ist. lib. 3, tit. 17, *De stipulatione servorum*.

(2) Se era condizionale, ciò avveniva solamente dall' adempimento della condizione. Quantunque il legatario avesse da questo momento acquistato il diritto eventuale al suo legato, egli non poteva richiederne la consegna che dopo l'accettazione, o alla scadenza del termine, se alcuno ve n'era. (*Ved. quì sopra p. 275*).

in nostro nome, è per questo anche a disposizione nostra. In quanto all'*intenzione*, quella dello schiavo non è sufficiente, ma è necessario che l'abbiamo noi medesimi, cioè che noi medesimi abbiamo la volontà d'esser considerati come proprietari della cosa, che il nostro schiavo ritiene in nostro nome. Queste due regole sono esposte da Paolo in modo laconico, e molto esatto: *Animo nostro, corpore etiam alieno possidemus* » (1).

La conseguenza che da ciò discende è, che pel possesso la cosa va altramente che per la proprietà. Il padrone non può acquistare il possesso per mezzo del suo schiavo a sua insaputa, e contro sua volontà. Se è sufficiente, pel *fatto*, che avvenga nella persona dello schiavo, è necessario però che il padrone ne abbia notizia, e ne voglia profittare. Ed in questo senso si vuol intendere ciò che dice Papiniano: « *Dixi: scientiam domini esse necessariam, sed corpore servi quaeri possessionem* » (2).

Tuttavia si faceva un'eccezione generale per tutto quello che lo schiavo possedeva, o riceveva in possesso come cose che facevan parte del suo peculio (*pro peculio*). Il padrone ne acquistava il possesso ancora che nol sapesse; perciocchè dandogli il permesso d'avere un peculio si reputava per questo di aver la volontà di possedere in generale tutto questo peculio, ed in particolare tutte le cose di che si comprende. *Adquirimus possessionem*, dice Paolo, *per servum aut filium qui in potestate est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent etiam ignorantes, sicut Sabino, et Cassio, et Juliano placuit, quia nostra voluntate intelliguntur possidere, qui eis peculium habere permisimus.* » E più appresso ripete in altre parole la medesima ragione: « *quia videmur eas* (*quas servi peculiariter paraverunt*) *et animo, et corpore possidere* » (3).

Papiniano cercando l'utilità di questo diritto eccezionale, la spiega dicendo, chè bisognava impedire che i padroni non si trovassero nella necessità di prender conto in ogni momento, ed in particolare di ciascuna cosa che entrava nel peculio, e della cagione per la quale vi entrava. In vece di queste ricerche di fatti particolari, la loro volontà, e la loro generale autorizzazione dovevano esser sufficienti. « *Quaesitum est cur ex peculii causa per servum ignorantibus possessio quaereretur? Dixi utilitatis causa jure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species, et causas peculiorum inquirere* » (4).

I medesimi principî sull'acquisto del possesso per mezzo degli schiavi si debbono applicare a' figliuoli di famiglia sottoposti al potere paterno: però con le distinzioni che risultano dalle diverse spezie di peculî.

Quando il medesimo schiavo apparteneva a più padroni, la regola generale era ch'egli acquistava per ciascuno proporzionatamente alle parti che aveano nella proprietà dello schiavo, a meno che non vi fosse stata qualche ragione particolare, che avesse dovuto far attribuir l'acquisto ad un solo, o ad alcuni solamente.

IV. *De iis autem servis in quibus usumfructum tantum habetis, ita placuit, ut quidquid ex re vestra, vel ex operis suis acquirunt, id vobis adjiciatur; quod vero extra eas causas persecuti sunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque si is servus heres institutus sit, legatum quid ei donatumve fuerit, non usufructuario, sed domino proprietatis adquirit. Item placet et de eo qui a vobis bona fide possidetur, sive is liber sit, sive alienus servus: quod enim placuit de fructuario, idem, placet et de bonae fidei possessore. Itaque quod extra istas duas causas acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si servus est. Sed bonae fidei possessor cum usuceperit, servum, quia eo modo dominus fit, ex omnibus causis per eum sibi adquirere potest· fructuarius vero usucapere non potest: primum, quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi; deinde quia scit servum alienum esse. Non solum autem proprietas per eos servos in quibus usumfructum habetis, vel quos bona fide possidetis, vel per liberam personam quae bona fide vobis servit adquiritur vobis, sed etiam possessio. Loquimur autem in utriusque persona, secundum definitionem, quam proxime posuimus, id est si quam possessionem ex re vestra, vel ex suis operis adepti fuerint.*

4. Ma quanto a quegli schiavi dei quali avete solamente l'usufrutto, è piaciuto in questo modo, che ciò che essi acquistano o da una cosa vostra, o per mezzo d'opere loro, sia tutto vostro. Ma ciò che acquistano fuor di questo, tutto appartenga al padrone della proprietà. Laonde se cotale schiavo sarà istituito erede, o gli sarà lasciato qualche legato, o donata qualche cosa, si acquista non dall'usufruttuario, ma dal padrone della proprietà. Piace che s'intenda il medesimo quanto a colui, che voi possedete di buona fede, o sia libero, o sia schiavo d'altri; perciocchè quello che è piaciuto che sia statuito per l'usufruttuario, è parimente piaciuto che lo sia pel possessore di buona fede. E pertanto ciò ch'egli acquista fuor di queste due cause o appartiene a lui, se è uomo libero, o al padrone, se è schiavo. Ma il possessore di buona fe-

(1) *D. 41, 2, 3, § 12 f. Paul.*
(2) *D. 41, 2, 44, § 1. f. Papinian.*
(3) *Dig. Ivi 1, § 5; e 3. § 12 f. Paul.*
(4) *Dig. ivi 44, §. 1, f. Papin.*

de quando avrà acquistato mediante l'uso lo schiavo, essendone per tal modo divenuto padrone, può per qualunque causa acquistar per suo mezzo: ma l'usufruttuario non può acquistar mediante l'uso; prima perchè egli non possiede, ma ha il diritto d'usare e godere, e poi perchè egli sa che lo schiavo è d' un altro. E non solamente la proprietà ma eziandio il possesso si acquista col mezzo degli schiavi, ne' quali avete l' usufrutto, o per quelli che voi possedete di buona fede, o per una libera persona che di buona fede vi serva. E noi favelliamo dell' una e dell' altra persona secondo la distinzione che poco innanzi è stata fatta da noi, cioè se avranno guadagnato qualche possesso o con cosa vostra, o per opera loro.

Questo paragrafo tratta degli acquisti che si posson fare sì della proprietà, e sì del possesso per mezzo degli schiavi, di cui si ha solamente l'usufrutto, o l'uso, o per quelli che alcuno possiede di buona fede credendo esserne proprietario, benchè in fatti nol sia.

1.° Quanto allo schiavo, di cui non si ha che l'usufrutto, è mestieri riportarsi alle regole che più sopra abbiamo esposte (pagina 273 e segu.); esse spiegano a sufficienza le disposizioni del nostro paragrafo. L'usufruttuario ha l'uso dello schiavo; egli dunque può adoperarlo a servire nei suoi beni, e ne' suoi affari: ciò che da questi servigi ne risulta, a lui si appartiene; oltre a ciò egli ne ha i frutti, dunque può farlo lavorare per altri, ed il prezzo che ritrae pel suo lavoro, appartiene anche a lui. Ma le istituzioni di eredi, i legati, le donazioni, i tesori trovati dallo schiavo non sono frutti, perchè uno schiavo non è destinato a produrre siffatte cose: l'usufruttuario adunque non le acquista. Il testo aggiugne: *quidquid ex re vestra acquirunt*: l'acquisto che proviene dalla vostra cosa, per esempio, se lo schiavo ha venduta o affittata la vostra cosa, o se ha pagato co' vostri danari. 2.° Quanto allo schiavo, di cui non si ha che l'uso, il testo qui non ne parla, ma basta riportarsi alle regole da noi esposte (di sopra p. 280 e seg.). L'usuario acquista per mezzo di lui ciò che è il risultamento dell' uso, che ne può fare sopra i suoi proprî beni o ne' suoi proprî affari, per esempio, facendogli coltivare le sue terre, e vendere i frutti che ne raccoglie, o preponendolo alla direzione del suo commercio (1). Ma egli non può farlo lavorare per altri e ritrarne un prezzo, perciocchè questo sarebbe un frutto. 3.° Quanto a colui, del quale alcuno credesi di buona fede esser padrone, e che possiede a titolo di proprietario, ma effettualmente si trova esser uomo libero, o schiavo di altri, si dee aver ricorso alle regole che abbiamo innanzi esposte (pag. 249 e seguenti). Il possessore di buona fede ha ciò di comune con l'usufruttuario che egli acquista parimente l'uso, e i frutti; ma vi ha nella maniera come l'acquista delle differenze che abbiamo già spiegate, e che qui è bene di rammentare. Esse sono importanti per conoscere ciò che il possessore di buona fede dovrà restituire al vero padrone dello schiavo, il cui diritto di proprietà sarà comprovato, o all'uomo ch'egli possedeva, quando si verrà a scovrire il suo stato di uomo libero.

La differenza importante che è pure tra l' usufruttuario, ed il possessore di buona fede riguardo all'usucapione è sufficientemente spiegata nel testo: essa è la conseguenza de' principi, che noi abbiamo esposti in trattando dell'usucapione, cioè dell'acquisto mediante l'uso.

Acquisto per mezzo di una persona estranea.

V. *Ex his itaque apparet, per liberos homines quos neque vestro juri subjectos habetis, neque bona fide possidetis; item per alienos servos in quibus neque usumfructum habetis, neque justam possessionem, nulla ex causa vobis adquiri posse. Et hoc est quod dicitur*, per extraneam personam nihil adquiri posse, *excepto eo quod* per liberam personam, veluti per procuratorem, *placet*, non solum scientibus, sed et ignorantibus *adquiri possessionem, secundum divi Severi constitutionem; et per hanc possessionem* etiam dominium, *si dominus fuit qui tradidit;* vel usucapionem, *aut longi temporis praescriptionem, si dominus non fuit.*

5. Per quel che si è detto adunque, manifestamente appare, che non potete per alcuna cagione acquistar nulla per mezzo degli uomini che son liberi, e che voi non avete soggetti alla vostra potestà nè posseduti di buona fede; nè similmente per gli altri schiavi, ne'quali non avete nè usufrutto, nè giusto possesso. E questo è ciò che si dice che *per persona estranea non si acquista nulla* tranne solamente, che, secondo una costituzione del divino Severo, per mezzo di *persona libera*, *come sarebbe per* mezzo di un procuratore, si può acquistare il possesso non solamente sapendolo, ma eziandio nol sapendo, e per quel possesso si può anche acquistare il dominio, se sarà stato il padrone colui che avrà dato, ovvero l' usucapione, o la prescrizione di lungo tempo, se non sarà stato il padrone.

Per extraneam personam nihil adquiri posse. Tale era la regola generale che troviamo espressa in Gaio (2), e che discen-

(1) *Dig. 7, 8, 17, §. 2, f. Pomp.—20. f. Marcell.*

(2) *Gai. Ins. comm. 2, §. 95.*

deva da questo principio generale, che la persona del cittadino romano non può esser rappresentata da altri (Ved. quì sopra pagina 249 e 315). Nondimeno questo rigore di principî si venne mitigando; si fece distinzione tra gli atti del diritto civile, e gli atti del diritto delle genti; per questi ultimi si ammise la possibilità di operare per mezzo d'un procuratore, o d'un agente. La medesima distinzione fu ammessa in quanto all'acquisto. Così la proprietà, il dominio, essendo un diritto eminentemente civile, continuò ad aver vigore la regola, che non si poteva aquistar per mezzo di un terzo, ma il possesso essendo di diritto delle genti, ed acquistandosi naturalmente, fu ricevuto per riguardo di utilità (*utilitatis causa*, dice Paolo (1), *ratione utilitatis*, dicono gl'Imperadori Severo, ed Antonino) (2), che si potesse acquistare per mezzo di una persona estranea. Ecco quel che Modestino riassume in queste parole: « *Ea quae civiliter adquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt adquirimus, veluti stipulationem; quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus* « (3). Ciò si contiene ancora in un rescritto degl'imperadori Diocleziano, e Massimiano ch'è inscrito nel Codice: « *Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius juri non est subdita, nihil adquiri posse indubitati juris est* » (4). Sicchè distinguiamo due cose: la proprietà, ed il possesso.

Quanto alla proprietà non si poteva acquistare per mezzo di estranea persona, il che non vuol dire solamente che la donazione, il legato, l'istituzione di erede o qualsivoglia altro avvenimento produttivo di proprietà compiuto in tale persona non potesse operare un acquisto per noi, la qual cosa è ben manifesta; ma vuol dire ancora che se questo terzo estraneo riceveva per noi e come nostro rappresentante qualche cosa per mancipazione, e per cessione *in jure* o per altro qualunque modo civile, con animo di acquistarla per noi, questo acquisto non avea luogo. Sotto Giustiniano la regola ha perduto molto della sua importanza, perciocchè sono scomparsi questi modi di acquistare di puro diritto civile.

Quanto al possesso è mestieri spiegare le disposizioni del testo.

Per liberam personam, veluti per procuratorem adquiri possessionem. La possibilità d'esser rappresentato da un altro nella presa di possesso di un oggetto, è stata ammessa dalla giurisprudenza per riguardo dell'utilità (*tam ratione utilitatis, quam jurisprudentia*), e come conseguenza delle regole naturali del possesso. E per verità il fatto fisico di aver una cosa in nostro possesso, cioè in nostro potere, a nostra disposizione, trovasi compiuto anche quando un terzo, per esempio, un procuratore, un tutore, un curatore ha preso possesso per noi: la cosa è come a nostra disposizione, o per meglio dire vi è effettualmente, giacchè si ritiene per noi (Vedi sopra p. 225). Ma il diritto di possesso non consiste solamente nel fatto, ma si richiede eziandio l'intenzione; il fatto può certamente compiersi nella persona d'un altro, ma l'intenzione non dee forse essere in noi, ed essere esclusivamente personale a noi? Quì si è derogato realmente al principio, ammettendo la possibilità di esser rappresentato da un terzo nella presa di possesso, giacchè il possesso può essere acquistato per mezzo di una persona estranea *non solum scientibus, sed et ignorantibus*, dice il nostro testo; *ignoranti quoque*, dice la costituzione di Severo ed Antonino (5). Tuttavia bisogna aggiugnere questa distinzione. Se qualcuno, maneggiando i nostri affari senza che noi il sappiamo, riceverà per noi una cosa per una cagione qualunque, siccome noi ignoriamo del tutto siffatta detenzione ch'egli ha per noi, il possesso non ci sarà acquistato in fino a che non ne avremo conoscenza (6). Ma se si tratta di un nostro procuratore, al quale abbiamo personalmente data commissione di comprare, di ricevere per noi, egli acquista per noi il possesso dal momento che riceve la cosa a sua disposizione, ed anche innanzi che sappiamo ch'egli l'abbia ricevuta; doppoichè la nostra volontà fermata, e data anticipatamente ba-

---

(1) « *Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest; sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse, utilitatis causa receptum est* ». Paul. Sent. 5, 2, §. 2.

(2) « *Per liberam personam ignoranti quoque adquiri possessionem, et postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse tam ratione utilitatis, quam jurisprudentia receptum est* ». Cod. 7, 32, 1, const. Sever. et Anton.

(3) *D. 41, 1, 53, f. Modest.*

(4) *C. Just. 5, 27, 1.*

(5) *Cod. 7, 32, 1.* Questa costituzione che noi abbiam riferita or ora alla nota 2 è probabilmente quella alla quale il testo del nostro paragrafo fa allusione.

(6) *D. 41, 2, 42, §. 1, f. Ulp.* — *Paul. Sent. 5, 2, §. 2.*

sta perchè vi sia da nostra parte sufficiente intenzione (1).

Et per hanc possessionem etiam dominium. L' intenzione del venditore, del donante, di colui che per una causa qualunque traslativa di proprietà ha dato la cosa al mio procuratore in mio nome, è stata di trasferire la proprietà, non al mio procuratore, ma a me. Il procuratore ha acquistato per me, anche non sapendolo io, il fatto del potere sulla cosa, il diritto di possesso; e però come conseguenza di questo possesso la proprietà si produce a mio vantaggio. Così in diffinitivo quando si tratterà di acquistar la proprietà pel modo naturale della tradizione, conformemente al diritto in voga al tempo di Giustiniano, e per qualunque causa, come per causa di vendita, di dote, di donazione, di pagamento, o qualsivoglia altra, si potrà per la intermedia persona d'un procuratore ricevere il possesso, e per mezzo di questo la proprietà: « *Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas adquiritur etiam ignoranti* (2).

Vel usucapionem. Non pertanto pare per la costituzione di Severo, ed Antonino da noi più volte ricordata, che si era più severo per l'usucapione che non pel semplice acquisto del possesso. Così si acquistava per mezzo del procuratore il possesso anche non sapendolo, dal momento ch'egli avea ricevuto la cosa, ma per cominciare l'usucapione, era mestieri che si avesse la precisa conoscenza che la cosa gli era stata effettualmente data. Ciò senza dubbio avveniva, perchè per l'usucapione si richiedeva non solamente *l' intenzione*, ma ancora la *buona fede* (3).

VI. *Hactenus tantisper admonuisse sufficit, quemadmodum* singulae res *vobis adquirantur; nam legatorum jus quo et ipso singulae res vobis adquiruntur (item fideicommissorum, ubi singulae res vobis relinquuntur), opportunius inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc quibus modis* per universitatem *res vobis adquirantur. Si cui ergo heredes facti sitis, sive cujus bonorum possessionem petieritis, vel si quem adrogaveritis (vel si cujus bona libertatum conservandarum causa vobis addicta fuerint), ejus res omnes ad vos transeunt. Ac prius de hereditatibus dispiciamus, quarum duplex conditio est: nam vel ex testamento, vel ab intestato ad vos pertinent. Et prius est, ut de his dispiciamus quae ex testamento vobis obveniunt: qua in re necessarium est initium de ordinandis testamentis exponere.*

6. Basti fin qui d'avervi avvertiti in che modo vi si acquistino le *cose particolari*. Perciocchè quanto alla ragion de' legati, pe' quali s'acquistano, e de' fedecommessi ne' quali vi si lasciano cose particolari, a suo luogo e più convenevolmente ne favelleremo. Vediamo al presente in che modo si acquistino le cose *in universali*. Se voi adunque sarete fatti eredi d' alcuno o ad alcuno addomanderete il possesso dei beni, o se arrogherete qualcuno, o se da qualcuno vi saranno abbandonati i beni per cagione di conservar la libertà, tutte le cose di lui passano in voi. Ma favelliamo prima dell' eredità, le quali sono di due sorte; perciocchè vi appartengono o per testamento, o ab intestato. E prima diciamo di quelle che vi vengono per via di testamento, al che fare ne bisogna di necessità esporre in principio le formalità dei testamenti.

I modi di acquistare fin qui esposti, come l' occupazione, la tradizione, l' usucapione, per loro natura non si applicano che a cose particolari e determinate. Ma vi ha de' modi, pe' quali si acquista in un tempo medesimo una massa composta di differenti cose, beni, diritti, debiti, e carichi, che vi son compresi, quantunque essi non sieno spezialmente indicati. Tali sono l'eredità, la possessione de' beni la quale non è che un eredità pretoria, l'arrogazione per la quale anticamente si acquistava tutta la fortuna dell' arrogato, ed alcuni altri. Questi modi formano l'oggetto de' titoli che seguono nelle Istituzioni.

Noi non abbiamo alcuna azione speciale ad esporre per occasione de' due ultimi titoli, che siamo venuti spiegando. I contratti, ed i differenti atti degli schiavi, o de' figliuoli di famiglia per rispetto ai loro peculî davano certamente origine ad alcune azioni particolari, ma siffatte azioni si riferiscono alla materia delle obbligazioni, e non a quella di cui trattiamo, cioè all'acquisto della proprietà.

---

(1) «*Procurator si quidem, mandante domino, rem emerit, protinus illi adquirit possessionem; quod si sua sponte emerit, non, nisi ratam habuerit dominus emptionem*» (ivi).

(2) *D. 41, 1, 13, f. Nerat.; 20, §. 2, f. Ulp.— 41, 3, 41, f. Nerat.*

(3) *Cod. 7, 32, 1.* Ved. il testo di questa costituzione p. precedente, nota 2.

REASSUNTO DEL LIBRO SECONDO

(TITOLO I. A IX.)

DIVISIONE DELLE COSE — PROPRIETÀ, ED ALTRI DIRITTI REALI — MODI DI ACQUISTARE GLI OGGETTI PARTICOLARI.

DIVISIONE DELLE COSE

Per cose s'intendono in diritto romano tutti gli oggetti corporali, o di pura creazione giuridica considerati come soggetti, o almeno come destinati a' bisogni dell' uomo, e per conseguenza come atti ad esser l' obbietto dei diritti.

Le distinzioni che erano anticamente tra le cose *mancipi e nec mancipi*, tra le terre d'Italia, e quelle delle province, sono al tutto abolite sotto Giustiniano. Il Digesto presenta come divisione principale quella *in cose di diritto divino e cose di diritto umano*; le Istituzioni quella *in cose fuori del nostro patrimonio, e cose nel nostro patrimonio*. Son *fuori del nostro patrimonio* le cose comuni (*communia*), pubbliche (*publica*), di corporazioni (*universitatis*), e finalmente le cose che non appartengono effettualmente ad alcuno (*res nullius*). Sono *nel nostro patrimonio* le cose che appartengono alle persone particolari (*res privatae, res singulorum*).

Le cose comuni son quelle, la proprietà delle quali non è di alcuno, e l' uso appartiene a tutti, come l' aria, l' acqua corrente, il mare, le sue ripe. La ripa del mare si estende *quatenus hybernus fluctus maximus excurrit*.

Le cose *pubbliche* son quelle, la proprietà delle quali è del popolo, e l'uso è comune, come i porti, le vie pretorie o consolari, i fiumi: in quanto alla ripa del fiume, essa appartiene ai proprietarii de' poderi lungo la ripa, e solamente l' uso ne è pubblico.

Le cose di *corporazioni* son quelle, la proprietà delle quali è di una corporazione, e l'uso è comune a tutti i suoi membri, come i teatri, gli stadii, delle città. S'intende per corporazione (*universitas*) una riunione d' individui formanti una spezie di persona legale, che può possedere, esser proprietaria, contrattare, stare in giudizio. Non può formarsi alcuna corporazione se non in forza di una legge.

Quantunque le cose delle quali abbiam toccato appartengono alle masse, pure siccome non appartengono ad alcuno in particolare, e si trovano destinate all'uso comune, son riguardate come fuori del nostro patrimonio, il che le distingue dal tesoro, da' crediti, dagli schiavi, e dalle altre cose, le quali non essendo aperte all'uso pubblico, sono nel patrimonio del popolo, o delle corporazioni.

Le cose (*nullius*) sono: 1. quelle delle quali l' uomo non s' è ancora impadronito, o che gli sono sfuggite, o che egli ha interamente abbandonate, come gli animali salvatichi, i loro prodotti, le isole nate in mare, gli oggetti gettati via dal padrone; 2. quelle che son fuori del commercio degli uomini, e che si chiamano cose di diritto divino, *res divini juris*. Queste ultime si dividono in cose sacre (*sacra*), religiose (*religiosa*), e sante (*sancta*).

Dopo lo stabilimento della religione cristiana le cose sacre son quelle, che sono state solennemente consacrate a Dio da' pontefici (*quae rite per pontifices Deo consacrata sunt*). La consacrazione non può esser fatta da' semplici privati, ma debb' esser permessa dall' imperadore; le cose consacrate son poste fuori del commercio; non pertanto una costituzione di Giustiniano permette di alienare pel riscatto de' prigionieri, e pel nutrimento de' poveri in tempo di carestia gli oggetti mobili consacrati al culto.

Le cose *religiose* sono i luoghi che han servito a raccogliere le spoglie mortali di un uomo. Ciascuno può pel sotterramento di un morto rendere religioso un terreno, purchè ne sia proprietario, o abbia il consentimento di tutte le persone che vi hanno un dritto qualunque di proprietà, di comproprietà, di usufrutto, d'uso, o di servitù, altrimenti il terreno non diverrebbe religioso. Le cose religiose son tolte dal commercio degli uomini, e la loro profanazione vien punita e civilmente, e criminalmente.

Le cose *sante* son quelle che non sono nè sacre, nè profane, ma che son protette

da una sanzione penale (*quae neque sacra, neque profana sunt, sed sanctione quadam sunt confirmata*), tali sono le leggi, le mura, le porte delle città. Queste cose sono in certa guisa di diritto divino (*quodammodo divini juris sunt*). Il nome di *sancta* viene ad esse, dal verbo *sancire, sanctum* sanzionare, garentire.

Le cose sono dalle Istituzioni divise eziandio in cose *corporali*, ed *incorporali*. Le prime son quelle che esistono fisicamente, e cadono sotto i nostri sensi (*quae tangi possunt*). Le seconde, quelle le quali non esistono che legalmente, e non possono cader sotto i nostri sensi (*quae tangi non possunt*).

Di queste ultime si può dire ch' esse comprendano tutto quello che consiste ne' diritti (*quae in jure consistunt*), come l'eredità, le obbligazioni, le servitù, etc. Siffatti diritti si possono riguardar come cose, perchè possono alla lor volta divenir l' obbietto di altri diritti.

PROPRIETÀ ED ALTRI DIRITTI REALI.

Lasciando dall'un de' lati tutti i diritti reali relativi allo stato delle persone sia nella società generale, sia nella città, sia nella famiglia, e considerando solamente quelli che hanno unicamente per oggetto la ricchezza materiale, bisogna annoverar come tali sotto Giustiniano, la proprietà, il possesso, che ad essa strettamente si rannoda; le servitù sì personali, e sì reali; i diritti d'enfiteusi; di superficie; e da ultimo di pegno, o ipoteca.

PROPRIETÀ (*dominium, proprietas*)

Sotto le Dodici Tavole non vi era che un sol dominio romano proprio dei soli cittadini. Più tardi s'introdusse oltre a questo, una spezie di proprietà imperfetta, e naturale, e si distinse il dominio romano (*dominium ex jure Quiritium*), ed il fatto di avere una cosa ne' suoi beni (*in bonis habere*). Sotto Giustiniano queste distinzioni non erano più altro che un nome; una costituzione imperiale interamente le abolì, e non si riconobbe più che una sola proprietà spogliata del carattere speciale che il diritto primitivo aveale impresso, e somigliante a quella degli altri popoli.

La proprietà dà sulla cosa un pieno potere (*plenam in re potestatem*): potere di occuparla, di ritrarne tutti i servigi, tutti i prodotti, di modificarla, di dividerla, di alienarla, ed anche di distruggerla.

Tra tutti siffatti diritti si distinguono come quelli che presso a poco comprendono tutti gli altri, o almeno i principali: il *jus utendi* o il diritto di ritrarre i servigi; il *jus fruendi* quello di raccogliere i frutti; il *jus abutendi* quello di disporre della cosa o alienandola, o distruggendola; ed in fine il *jus vindicandi*, quello di poter ricuperare la cosa dalle mani di qualsivoglia detentore, il quale ultimo diritto non è che la sanzione degli altri.

Di quì è venuta la definizione generalmente adottata dai comentatori: *dominium est jus utendi, fruendi, et abutendi, quatenus juris ratio patitur*.

Parecchi tra i diritti che compongono il dominio possono essere separati l' uno dall'altro, ed anche appartenere per frammenti a diverse persone; ma si considera sempre come proprietario colui al quale rimane il potere di disporre.

POSSESSO (*possessio*).

Si vuol accuratamente distinguere il possesso puramente fisico dal possesso legale.

Il possesso fisico (*nuda detentio, naturalis possessio, corporali possessio*) non è che un fatto, esso è la detenzione, l'occupazione reale di una cosa. Tuttavia questo fatto non è senza qualche influenza nel diritto.

Il possesso legale (*possessio*) è non solamente un fatto, ma un diritto. Due elementi lo compongono, il fatto, e l'intenzione. Vi ha fatto legale di possesso ogni volta che la cosa è in un modo qualunque a nostra libera disposizione. In quanto all'intenzione, essa consiste nella volontà di posseder la cosa da padrone.

Il possesso produce secondo le circostanze diversi vantaggi. Esso dà la proprietà e delle cose *nullius*, delle quali alcuno sia il primo ad impadronirsi, e delle cose che il padrone vuole alienare in prò d'altri; esso fa in certi casi guadagnare i frutti consumati, ed anche acquistare a capo di un determinato tempo la proprietà delle cose appartenenti ad altrui; esso dà il diritto di ritenere la cosa in fino a che altri abbia provato esserne egli il proprietario; finalmente si può agire in giudizio per conservare, o farsi rendere il possesso.

Parecchi tra i diritti che il possesso produce possono separarsi l'uno dall'altro, e darsi a differenti persone, ma si considera sempre come possessore colui a nome del quale gli altri ritengono la cosa.

Per gli oggetti incorporali vi è non già un *possesso*, ma un *quasi possesso* composto parimente di due elementi: il fatto di avere a sua libera disposizione l' esercizio del diritto, e l'intenzione di esercitar questo diritto da padrone.

AZIONI RELATIVE AL POSSESSO, O ALLA PROPRIETÀ.

I diritti di possesso, o quasi-possesso sono reclamati, o protetti per via degl'interdetti (*interdicta*), che dopo l' abolizione della procedura per formole son divenuti delle vere azioni. Gl'interdetti sotto Giustiniano si dividono, quanto a ciò che riguarda il possesso, in tre classi: interdetti per acquistare, per conservare, o per ricuperare il possesso, a' quali anticamente se ne aggiugneva una quarta, interdetti doppî, cioè tanto per acquistare, che per ricuperare il possesso.

I diritti di proprietà danno luogo alle azioni reali (*actiones in rem*) delle quali vi erano più spezie, e tra le quali è principalmente da notare la rivendicazione propriamente detta (*rei vindicatio*). L'attore in queste azioni sostiene, che una cosa corporale, o incorporale appartiene a lui.

MODI DI ACQUISTARE LA PROPRIETÀ DI OGGETTI PARTICOLARI.

Le Istituzioni distinguono i modi di acquistare per universalità (*per universitatem*), e quelli di acquistare degli oggetti particolari (*singulas res*).

Nell' acquisto per universalità non si acquista unicamente un diritto di proprietà, ma una massa universale di diritti, e di pesi di ogni maniera. proprietà, diritti reali di ogni spezie, crediti, obbligazioni. In una parola vi ha successione, cioè surrogazione di una persona ad un' altra in un complesso di diritti. Di questa materia si tratterà più avanti.

Quì si tratta unicamente dei modi di acquistare la proprietà di oggetti particolari.

Questi modi si distinguono in modi del diritto delle genti, e modi del diritto cicivile. Al tempo di Giustiniano non si ha ripugnanza di porre in primo luogo i modi di acquistare naturali, o del diritto delle genti.

MODI DI ACQUISTARE DEL DIRITTO DELLE GENTI. OCCUPAZIONE.

Le Istituzioni trattano in prima dell'occupazione.

Si divien proprietario per occupazione quando alcuno acquista per il primo il possesso d'una cosa *nullius*.

Adunque è mestieri: 1. che la cosa capace di entrare nel patrimonio dell'uomo non appartenga ad alcuno, come gli animali salvatichi, i loro prodotti, i prodotti del mare o delle sue rive, le isole nate in mare, i nemici, gli oggetti che il padrone ha gittati via per non volerli più avere, etc.; 2. è mestieri che siasi acquistato il possesso legale della cosa, il che richiede, come sappiamo, il fatto che questa cosa sia in un modo qualunque in nostro potere, e l'intenzione di averla come nostra.

Del resto poco monta se abbia preso la cosa sul nostro terreno, o su quel d' altrui.

La proprietà prodotta dall' occupazione d'una cosa *nullius* cessa dal momento che la cosa ritorna al suo stato naturale.

ACCESSIONI (*accessiones*). — CONFUSIONE DI COSE APPARTENENTI A DIVERSI PADRONI. — FORMAZIONE DI NUOVI OGGETTI. — FRUTTI.

Il fatto che si compie allorchè una cosa viene a riunirsi, ad incorporarsi come dipendenza, come parte subordinata ad un' altra cosa principale, o da questa è assorbita, produce delle conseguenze di diritto da doversi bene esaminare, le quali presentano talvolta un vero acquisto; più frequentemente gli effetti del diritto di proprietà, il consumo della cosa altrui, e le regole per riparare il danno a colui che si trova per questo modo privato della sua cosa. I comentatori han dinotato questo genere d'avvenimenti col nome generico di *accessione*, ma questa parola non è stata nel diritto romano adoperata in tal senso; essa dinota la cosa riunita come accessorio, e non il fatto della riunione. Le Istituzioni espongono successivamente parecchi esempii che si riferiscono a questo genere di avvenimenti, ma senza comprenderli sotto una denominazione generale.

L'accessione giusta l' avviso, secondo noi incontrastabile, di quasi tutti gli scrittori, è un vero modo naturale di acquistare per rispetto alle cose che non appartengono ad alcuno, o sulle quali niuno può far riconoscere il suo diritto di proprietà, come sarebbe a dire i colombi, le api, ed altri simiglianti animali, che vengono a riunirsi ad una colombaia, o ad un alveare; le alluvioni, o il terreno che l'acqua insensibilmente trasporta, e get-

ta o depone su di un podere. I romani, secondo noi, riferivano allo stesso caso le isole nate nei fiumi, ed il letto da questi abbandonato; caso col quale non è da confondersi quello dell' inondazione, o di terreni, che si posson riconoscere, svelti e portati via dalla forza delle acque, o da qualunque altra violenta cagione. Sotto questo aspetto l'accessione è un mezze di acquistare, che opera sulle cose *nullius* presso a poco come l'occupazione.

L'accessione è altresì presso i romani un modo di acquistare anche la cosa altrui, benchè questa conservi la sua esistenza, e si possa perfettamente riconoscere dal proprietario, in alcuni casi eccezionali e rari, e segnatamente in quello della *ferruminatio*.

Nella più parte degli altri casi essa non è che l'assorbimento, il consumo, la distruzione rimediabile o irrimediabile della cosa altrui; avvenimento, il quale non lascia al proprietario, la cui cosa è stata distrutta, che un semplice diritto d' indennità.

Per ciò che concerne i frutti non vi ha che gli effetti legali della proprietà, o del possesso.

Tra i diversi esempî arrecati dalle Istituzioni è da notare:

Ciò che distingue il caso in cui alcuno con la materia d' altri ha formato una nuova spezie, e quello in cui vi è stata confusione di cose liquide. Nel primo caso il carattere essenziale sta in ciò, che la materia impiegata trovasi trasformata in nuovo oggetto, e questo per l' industria dell'operaio; la causa dell' acquisto della proprietà del nuovo oggetto qui è la *creazione*. Nel secondo la confusione non ha prodotto alcun nuovo oggetto, o l'ha prodotto a caso; dunque il diritto risultante dalla creazione non si trova in questo caso nè per l'una nè per l'altra delle parti; quì vi ha comproprietà;

Ciò che è relativo alle fabbriche fatte da alcuno sul suo terreno con materia di altri, o sul terreno di altri, con la sua materia; ed il divieto che veniva dalle Dodici Tavole di far abbatter le fabbriche sia per la rivendicazione, sia per l' azione *ad exhibendum*, affinchè la città non avesse a rimanere sfigurata e deforme per le rovine (*ne ruinis urbs deformetur*);

In fine la differenza tra la scrittura considerata come accessione della carta; o della pergamena; e la pittura come cosa principale per rispetto alla tela.

Quantunque per regola generale i frutti di un podere appartengano al proprietario come prodotto della sua cosa, pure il possessore di buona fede ha in quanto a questi frutti due distinti vantaggi: il primo d' esser considerato proprietario per tutti i frutti di qualunque specie dal momento che son separati dal suolo, il secondo, di non dovere al proprietario alcun conto pe' frutti consumati.

RITROVAMENTO DEL TESORO.

Il tesoro è definito nel Digesto: *Vetus quaedam depositio pecuniae cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat*. Esso è attribuito metà all'inventore, e metà al proprietario del terreno.

TRADIZIONE (*traditio*).

Per regola generale appresso i romani le convenzioni hanno per effetto di obbligare le parti contraenti all'adempimento delle loro promesse, ma non di trasferire la proprietà. Affinchè si produca quell'effetto in esecuzione della convenzione, è necessario che si riunisca in favore di colui che acquista, *il possesso legale*, *e la volontà del proprietario capace di alienare*. Dal che seguita che se l'acquirente non ha il possesso, conviene che gli si dia.

Addomandasi *tradizione* l'atto col quale si da il possesso. Si può dare o semplicemente il possesso fisico, ed allora vi ha tradizione corporale (*nuda traditio*); o il possesso propriamente detto, ed allora vi ha tradizione propriamente detta.

Il solo fatto della tradizione corporale non trasferisce la proprietà, se non è avvenuta per una giusta causa. Intendesi per giusta causa un contratto, o un fatto qualunque, che induce come conseguenza la volontà di trasferire la proprietà, come sarebbe una vendita, una permuta, una donazione. Del resto questo fatto può essere il risultamento di una frode; può esservi stato un malinteso fra le parti dando l'una per una cagione, e l'altra ricevendo per un'altra; ma con tutto ciò basta che abbia determinata la volontà a trasferire la proprietà.

Le regole su questo modo di acquistare sono: Che la cosa sia stata in un modo qualunque messa a disposizione di colui che acquista; che sia stata data, e ricevuta con l' intenzione di trasferire la proprietà; allora vi ha tradizione del possesso legale; ma perchè la proprietà sia trasferita incontanente, è mestieri anco-

ra che questa tradizione sia fatta dal proprietario capace di alienare.

Talvolta la sola volontà delle parti trasferisce la proprietà : 1. allorchè la cosa era fisicamente in potere dell'acquirente; 2. allorchè le parti convengono, che il proprietario, il quale aliena riterrà, la cosa in prestito, in usufrutto, in deposito, etc. 3. Allorchè colui che acquista, avea già il possesso legale. Ma in questi casi la proprietà è trasferita, perchè il possesso legale già esisteva, o la sola volontà è stata sufficiente a darlo.

Per altro vi ha de'modi civili di acquistare senza che vi sia possesso, e reciprocamente senza che vi sia volontà del proprietario. Più appresso accadrà di ragionarne.

Non si dee distinguere più maniere di tradizione, henchè la tradizione si possa fare in più modi.

Per le cose incorporali, come non può esservi che un quasi-possesso, così non può esservi che una *quasi tradizione*.

MODI DI ACQUISTARE GLI OGGETTI PARTICOLARI SECONDO IL DIRITTO CIVILE. — USUCAPIONE (*usucapio*) E PRESCRIZIONE (*praescriptio*).

Il testo tratta in primo luogo dell'*usucapione* e della *prescrizione*.

Esse anticamente differivano in ciò: che l'usucapione era di diritto civile, ed applicabile a' mobili in tutt'i paesi, ed agli immobili d'Italia solamente; la prescrizione era di diritto pretorio, ed applicabile agl'immobili delle province.

La prima avea luogo dopo un anno pei mobili, e dopo due anni per gl'immobili, la seconda dopo dieci anni tra presenti, e venti tra assenti.

L'usucapione era un modo di acquistare; la prescrizione un modo di liberarsi, una specie d'eccezione per ributtare l'azione del proprietario.

L'una dava il dominio della cosa coi pesi di pegno, o ipoteca ond'era gravata; l'altra serviva a respingere non solamente il proprietario, ma eziandio i creditori, che non aveano esercitati i loro diritti.

L'usucapione non era interrotta per l'azione, e continuava durante la lite; la prescrizione era interrotta da ciò che addomandavasi *litis contestatio*.

Giustiniano le confonde e modifica l'una per l'altra; egli vuole che in tutt'i paesi i mobili si acquistino mediante l'uso per lo spazio di tre anni, e gl'immobili per lo spazio di dieci anni tra presenti, e venti tra assenti. *Uso* in questa materia si adopera per *possesso*.

Non si possono acquistar mediante l'uso: gli uomini liberi; le cose fuori commercio, sacre, o religiose; gli schiavi fuggitivi; le cose rubate, in forza della legge delle Dodici Tavole, e della legge *Atinia*; gl'immobili occupati per violenza, in forza della legge *Julia et Plautia*; infino a che il vizio risultante dalla fuga, dal furto, dalla violenza non sia purgato pel ritorno degli oggetti in mano del proprietario; le cose del fisco, eccetto i beni vacanti, che non gli sono stati ancora denunziati; gl'immobili delle chiese; i beni dei minori dell'età di 25 anni; ed alcuni altri ancora.

Le condizioni necessarie per l'acquisto mediante l'uso sono: 1. il possesso civile; 2. Una *giusta causa* di possesso (*justa causa, justus titulus*); chiamasi così o un contratto, o un fatto qualunque conforme al diritto, per effetto del quale il possesso è stato ricevuto, o preso nel fine di acquistare la proprietà; vi ha giusta causa di possesso quando si possiede per esempio *pro emptore*, *pro donato*, *pro dote*, *pro soluto*, *pro derelicto*, *pro legato*, *pro suo*. Con tutta la giusta causa può incontrare, che la proprietà non si acquisti subito per qualche ostacolo provegnente o dalla cosa, o da chi l'ha ricevuta; 3. La buona fede, la quale ha luogo quando il possessore ignora del tutto il vizio del suo acquisto; essa dee provenire da un errore di fatto e non di diritto; di più è mestieri che non sia un errore grossolano; per altro la buona fede si richiede solo al cominciamento del possesso; tuttavia per la vendita è necessario che essa abbia avuto luogo nel momento del contratto ed in quello della tradizione; era quistione molto controversa se allorchè vi era buona fede senza che il possesso fosse effettualmente fondato sopra una giusta causa, l'usucapione potesse aver luogo: il testo la decide negativamente; non pertanto si trovano delle eccezzioni a questa decisione nel Digesto, 4. La quarta condizione è il *tempo richiesto*: questo tempo si computa per giorni e non per ore.

Talune volte il tempo di un primo possessore si riunisce a quello del suo successore; ciò ha luogo tanto pe' successori i quali continuano la persona del defunto, al quale son succeduti *pro herede*, *pro possessore*, quanto pe' successori i quali non continuano questa persona, per esempio, quelli che han ricevuto a titolo di

vendita, di donazione, di legato, etc.; con questa differenza tra loro che l'erede, il possessore di beni non acquistano che quando il defunto avrebbe acquistato, qualunque sia per altro la loro buona, o mala fede personale: mentre i successori particolari acquistano, o non acquistano secondo che essi medesimi sono di buona, o mala fede, e qualunque sia stata l'opinione del loro autore; per modo che in quest'ultimo caso i tempi non si riuniscono che quando l'autore ed il successore, hanno amendue utilmente posseduto.

La prescrizione, come l'usucapione sia pe' mobili, sia per gl' immobili produce sotto Giustiniano la proprietà; quanto ai diritti di servitù, o di pegno, essi si estinguono se la cosa si è posseduta come libera.

L'interruzione dell' acquisto mediante l'uso chiamasi presso i romani *usurpatio*. Essa ha luogo naturalmente, allorchè per furto, per violenza, per invasione delle acque, per prigionia, in fine per un avvenimento qualunque, chi possedeva viene a perdere il possesso; ovvero quando il vero proprietario viene ad ottener la cosa anche a titolo di pegno, o di affitto. L'interruzione civile ha luogo sotto Giustiniano per l' azione del vero proprietario.

Vi è ancora qualche altra prescrizione, come sarebbe quella che dicesi *longissimi temporis*. La quale ha luogo alcune volte per trent'anni, alcune altre per quaranta; essa anticamente non era che un modo di liberarsi, ma sotto Giustiniano è divenuta in parecchi casi un modo di acquistare. Tale era eziandio la prescrizione particolare introdotta per le alienazioni del fisco, della quale il testo fa menzione.

Il possessore ha per garentia de' suoi diritti, innanzi che l'usucapione o la prescrizione si compia, gl'interdetti possessorii per conservare il possesso di cui gode; ed anco se per qualche avvenimento venga a perderlo, l' azione pubbliciana (*publiciana in rem actio*) per rivendicare la cosa, come se di già fosse stata prescritta; dopo che l' usucapione, o la prescrizione è compiuta, egli ha tutte le azioni e eccezioni, che risultano dalla proprietà.

LEGATO (*legatum*).

Il legato è anche un modo civile di acquistare la proprietà senza la necessità di alcuna tradizione, pel solo effetto della legge. Ma come questa materia intimamente si lega a quella de' testamenti, così trovasi nelle Istituzioni rinviata più appresso, e trattata solamente come appendice della eredità testamentaria. Il fedecommesso sotto Giustiniano essendo nei suoi effetti assomigliato al legato, deve in quest' epoca esser parimente annoverato tra i modi civili di acquistare.

DONAZIONE A CAUSA DI MORTE (*mortis causa donatio*). — E, PER OCCASIONE, DONAZIONE TRA VIVI (*donatio*), DOTE (*dos*), DONAZIONE A CAUSA DI NOZZE (*propter nuptias*).

La donazione a causa di morte (*mortis causa donatio*) è, come il legato, un modo civile di trasferire senza tradizione, e pel solo effetto del diritto, la proprietà da una persona all'altra. Le altre donazioni non sono modi, ma semplicemente cause legittime di acquistare; vale a dire che per se medesime non trasferiscono la proprietà, ma servono di causa al trasferimento che ne dee seguire. Le Istituzioni adunque ne trattano qui per occasione, ma non è questo esattamente il loro posto.

La parola *donatio* nella sua significazione etimologica significa rigorosamente un trasferimento di proprietà (*datio*) fatto per liberalità (*dono*). Essa nella sua origine esprimeva il fatto di questo trasferimento, e non un modo di produrlo, o di obbligarvisi.

Chiamasi donazione a cagione di morte, quella che è subordinata alla condizione della morte.

La morte di che trattasi può essere o generale in qualunque maniera o tempo sopravvenga, ovvero spezialmente preveduta nella tale, o tal'altra congiuntura. Può anche essere la morte di una terza persona.

La donazione vi può esser subordinata in due differenti modi: o in guisa che abbia a valere solamente, se la morte avrà luogo, ed al tempo della morte, o in guisa che abbia subito l'effetto, ma che debba risolversi, se l' indicata premorienza non abbia luogo.

I suoi effetti variano secondo che si tratta del primo, o del secondo di questi casi.

La donazione a causa di morte non è veramente e per se medesima un modo di acquistare che nel primo caso.

La donazione a causa di morte debb'esser fatta in presenza di cinque testimoni col consentimento del donante e del donatario.

Essa è rivocabile.

Essa ha grande analogia, ma ha eziandio delle differenze col legato.

Essa non si dee confondere con ciò che addomandavasi acquisto a cagione di morte (*mortis causa capio*).

La donazione tra vivi nel diritto primitivo non era un contratto, nè una convenzione obbligatoria. La parola donazione non dinotava neppure la convenzione di donare, ma sibbene l'atto stesso del donare, il quale si compiva per uno de' modi ordinarii di trasferire la proprietà. Infino a quì, e pel solo effetto della convenzione non v'era nè acquisto, nè obbligazione.

La convenzione di donare per effetto delle costituzioni imperiali ha successivamente mutato carattere. Giustiniano vuole che questa maniera di convenzione sia obbligatoria come la vendita; ma la proprietà non si trasferisce che per la tradizione. Adunque la donazione tra vivi così intesa non è un modo di acquistare.

Essa debb'essere registrata in pubblica scrittura (*insinuata*), salvo alcune eccezioni.

Essa è irrevocabile, eccettochè per cagione d' ingratitudine; e per sopravvegnenza di figliuoli, ma in un caso solamente.

Essa differisce in parecchi punti importanti dalla donazione a causa di morte.

Le donazioni eran vietate tra' conjugi durante il matrimonio. Non pertanto dopo un senato-consulto pubblicato sotto Caracalla, esse non sono radicalmente nulle, ma soltanto rivocaboli per la volontà del donante, e si trovano confermate, se il donante si muoia senz'averle rivocate.

Vi ha una correlazione tra la donazione per causa di nozze da parte del marito, e la dote da parte della moglie.

La dote vien definita: tutto ciò ch'è arrecato da parte della donna al marito per sostenere i pesi del matrimonio.

Da prima questa sorta di convenzione non era nel numero de' contratti: essa effettuivasi pel trasferimento immediato della proprietà; in difetto di ciò, non potevasi altramente rendere obbligatoria che per la stipulazione, o per la *dictio* della dote. Talune costituzioni imperiali l'ha dichiarata obbligatoria per se medesima.

Fu permesso ben presto di costituire la dote non solo innanzi, ma eziandio durante il matrimonio.

Il marito era proprietario de' beni dotali, stando il matrimonio, ma con l'obbligo di restituirli al discioglimento del matrimonio nella medesima quantità e qualità per le cose fungibili, o stimate nel contratto, e identicamente per le altre cose.

Gl' immobili dotali non erano in sulle prime inalienabili: il marito poteva obbligarli, o alienarli, acconsentendovi la moglie. La legge *Julia* cominciò a proibire l'ipoteca, e Giustiniano ne vietò l'alienazione: da questo punto ne fu stabilita la *inalienabilità*.

La donazione *ante nuptias* non cominciò a porsi in uso che posteriormente alla dote. Essa non potevasi fare che prima delle nozze, essendochè le liberalità eran vietate tra conjugi.

Essa si faceva dalla parte del marito alla moglie per analogia, ed in certa guisa per compensamento della dote. Questa spezie di compensamento consisteva in ciò: che la donazione ante-nuziale era, come la dote, destinata a sostenere i pesi del matrimonio; i beni che la componevano erano come il fondo dotale, sicuri dalle persecuzioni de' creditori, ed alla fine del matrimonio era restituita del pari che la dote.

Il marito in alcuni casi incorreva nella perdita della sua donazione, del pari che la moglie ne' casi somiglianti soffriva la perdita della sua dote.

Il vantaggio che uno degli sposi avesse fatto all'altro in caso di sopravvivenza sulla dote o sulla donazione, era reciproco; secondo una costituzione di Leone, ed Antemio vi dovea in siffatti vantaggi essere un'eguaglianza proporzionale; secondo Giustiniano eguaglianza numerica.

Giustino permise di aumentare, e Giustiniano anche di costituire questa donazione durante il matrimonio; e da allora in cambio di chiamarsi *ante nuptias*, si chiamò *propter nuptias*.

Nella donazione a causa di morte subordinata alla condizione della morte, il donatario da che questa condizione si è verificata, ha l'azione reale (*rei vindicatio*) per richiedere la cosa donata, perciocchè la proprietà glien'è stata trasferita per effetto del solo diritto all' epoca di Giustiniano; e prima di Giustiniano in virtù della tradizione o della emancipazione condizionale che gli era stata fatta. Se la condizione manca, e il donatore prima del suo decesso, vuol rivocare la sua liberalità, essendo rimasto sempre proprietario, può esercitare la *rei vindicatio* contro il donatario, quando quello si trovi nel possesso.

Nella donazione a causa di morte, immediata, ma rivocabile, se la premorienza non ha luogo, il donante, se vuol rivocare e riprendere la sua liberalità prima dell'avvenimento, ha regolarmente secondo i principii dello stretto diritto la *condictio*, per farsene rendere dal donatario la proprietà. La giurisprudenza gli dà inoltre per estensione una rivendicazione utile per ricuperare la cosa, come se non l'avesse alienata. Parimente se la donazione si è risoluta per l'avveramento del caso preveduto, cioè della sopravvivenza del donante, questi ha, per farsi rendere la cosa, la *condictio quasi re non secuta*, ed anche per una estensione utile la *rei vindicatio*.

Le donazioni tra vivi, le quali non si son messe ad effetto per la tradizione, danno al donatario per farsi rilasciare gli oggetti donati la *condictio certi* o l'azione *ex stipulatu*, se vi è stata stipulazione; e la *condictio ex lege* se non vi è stata che una semplice convenzione.

DIRITTO D'ACCRESCIMENTO (*jus adcrescendi*) ABOLITO SOTTO GIUSTINIANO.

Allorchè uno schiavo apparteneva in comune a più padroni, la liberazione fatta da uno o più de'padroni, in un modo che avrebbe dovuto rendere il francato cittadino romano, se fosse stata fatta da tutti, giovava a coloro che non aveano liberato lo schiavo, e formava per loro un modo particolare di acquisto sotto il nome di diritto di accrescimento (*jus adcrescendi*).

Giustiniano abroga siffatta legislazione: lo schiavo sarà libero, ed i padroni che non vi hanno acconsentito riceveranno un'indennità.

PERDITA DEL POSSESSO, O DELLA PROPRIETA'

Il possesso legale si perde col fatto o per l'intenzione. Pel fatto, allorchè la cosa cessa di essere a nostra disposizione; per l'intenzione, quando è manifesto che non vogliamo più possedere. Ma la sola assenza non fa perdere il possesso, perchè questa non impedisce che la cosa non sia a nostra libera disposizione.

La proprietà si perde principalmente: allorchè colui che l'avea diviene incapace di essere proprietario; allorchè la cosa perisce, o è posta fuori del patrimonio degli uomini; allorchè la proprietà è trasferita ad altri; allorchè il padrone abbandona la cosa non volendola più avere.

SERVITU' IN GENERALE (*servitutes*); SERVITU' REALI, O PREDIALI (*rerum o praediorum*).

Le servitù considerate dal lato di chi ne gode, sono degli smembramenti, delle frazioni più o meno importanti del diritto di proprietà; dal lato di chi le soffre, sono delle modificazioni, delle alterazioni della proprietà.

Esse diconsi *jura*, perchè consistono in certi diritti sulla cosa altrui; e servitù perchè sono una soggezione del fondo che vi è sottoposto.

Si dividono in reali, o prediali (*rerum praediorum*), e personali (*personarum o personales*) secondo che sono stabilite, per aumentare l'utilita di una cosa, o pel vantaggio individuale di una persona.

Parecchi principii sono ad essi comuni: 1. tutte sono diritti reali sulla cosa altrui; 2. niuno può aver servitù sulla sua propria cosa (*nemini res sua servit*); 3. esse consistono o in soffrire, o in non fare, ma non mai in fare; 4. non si può sopra una servitù stabilire un'altra servitù (*servitus servitutis esse non potest*); 5. non possono esser possedute; ma per quelle che consistono nel soffrire, si è ammesso quasi-possesso.

Le servitù prediali hanno per oggetto solamente gl'immobili.

Esse possono consistere o in soffrire, o in non fare.

Son considerate come indivisibili.

Si distinguono in servitù di fondi rustici, o di fondi urbani (*rusticorum vel urbanorum praediorum*).

Per fondo rustico, allorchè si tratta di diffinir la natura delle servitù, si dee intendere il *suolo*; per fondo urbano la *superficie*, ciò che si è elevato al di sopra del suolo, qualunque sia il luogo in cui si trova, città, o campagna. Del resto le servitù non prendono la loro qualità nè dal fondo dominante, nè dal fondo serviente, ma dalla loro propria natura; quelle che esistono pel suolo (*quae in solo consistunt*) son servitù di fondi rustici; quelle che consistono nella superficie, vale a dire la cui esistenza porta necessariamente l'idea di superficie, di costruzione al di sopra del suolo (*quae in superficie consistunt*), son servitù di fondi urbani.

Queste ultime hanno un carattere di continuità che non hanno in generale le servitù rustiche; il che produce delle importanti differenze nel quasi possesso di queste servitù, e nella maniera di perderle pel non uso.

Oltre a ciò le servitù rustiche erano anticamente *res mancipi*; le altre *nec mancipi*. Siffatta distinzione è abolita sotto Giustiniano.

Tra le servitù rustiche si dee notare: l'*iter*, il cui scopo essenziale è di passare (*eundi gratia*); l'*actus*, il cui scopo essenziale è di condurre, e che comprende eziandio il diritto di passare (*eundi vel agendi gratia*); la *via*, il cui scopo essenziale è di passare, di condurre, e di servirsi del cammino per tutt'i suoi usi. Questi diritti si distinguono anche tra loro per alcune differenze di larghezza nel cammino.

Nelle servitù di fondi urbani è da por mente alla differenza che è tra le servitù *oneris ferendi, e tigni immittendi; stillicidii recipiendi, e non recipiendi; altius non tollendi; et altius tollendi; luminum; e ne luminibus officiatur.*

Affinchè possa aver luogo la servitù prediale si richiedono necessariamente due fondi d'una vicinanza sufficiente per l'esercizio del diritto; è mestieri che la servitù sia di qualche utilità, o di qualche diletto; da che essa diviene inutile, svanisce; da ultimo è mestieri generalmente che abbia una causa perpetua.

Sotto la legislazione di Giustiniano le servitù si stabiliscono, sia come diritti reali, sia almeno come obbligazioni:

1. Per convenzione; il che debbesi intendere o de' patti o delle stipulazioni; o de' patti inseriti in una vendita in una tradizione; o della vendita stessa del diritto di servitù;

2. Per testamento, o lasciando direttamente la servitù, o condannando l'erede a sopportarla;

3. Per l'uso: niuna servitù, almeno dopo la legge *Scribonia*, si può acquistar per usucapione; ma i pretori, le costituzioni imperiali danno delle azioni utili, degli interdetti utili per far mantenere ne' loro diritti quelli che godono da gran tempo di alcune servitù, tra le quali son principalmente le servitù urbane e i diritti di corso delle acque; per siffatto acquisto mediante l'uso non si richiede un titolo, ma un godimento che non sia nè violento, nè clandestino, nè precario; il tempo non è determinato, ma debb'esser lungo, talvolta anche antichissimo tanto che non se ne abbia ricordanza, e ciò secondo la natura delle servitù, e le circostanze. È quistione se Giustiniano l'abbia stabilito a dieci anni tra presenti, e venti tra assenti;

4. Per aggiudicazione nelle azioni *familiae erciscundae, e comuni dividundo.*

Tra questi diversi modi, sotto Giustiniano, i patti inseriti nella tradizione, il testamento, il lungo uso, e l'aggiudicazione stabiliscono le servitù come diritti reali; per gli altri patti e stipulazioni la quistione non è controversa; ma noi pensiamo che fanno solamente nascere un obbligazione.

Le servitù si estinguono:

1. Per la perdita di uno dei due fondi;

2. Per la confusione;

3. Per la remissione, che ha luogo quando il padrone del fondo dominante ha volontariamente lasciato fare qualche atto che impedisce la servitù;

4. Pel non uso, il cui tempo è fissato da Giustiniano a dieci anni tra presenti, e venti tra assenti: vi è anche su questo punto una differenza tra le servitù rustiche e le urbane; per queste si richiede che il padrone del fondo serviente abbia acquistato la sua liberazione (*libertatem usucapere*) per via di un atto contrario alla servitù. Noi non ammettiamo l'opinione di coloro, i quali pensano che Giustiniano abbia richiesta questa condizione anche per le servitù rustiche.

Finalmente vi sono alcuni altri modi di estinzione meno importanti.

SERVITU' PERSONALI (*personarum*). USUFRUTTO; USO; ABITAZIONE; DIRITTO AI LAVORI DI UNO SCHIAVO.

Le servitù personali possono aver per oggetto così i mobili, come gl'immobili;

Esse non consistono mai in altro che in soffrire;

Non tutte sono indivisibili; l'usufrutto è considerato come suscettivo di divisione: l'uso come indivisibile:

L'usufrutto vien definito: *jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.*

Il *jus utendi* non è il diritto di prendere i frutti circoscritti dalla necessità, ma un diritto distinto, il quale consiste nel ritrarre dalla cosa tutta l'utilità ch'esso può rendere, senza però prenderne alcun prodotto, nè alterarne la sostanza;

Il *jus fruendi* dà il diritto di percepire tutti i prodotti, che si annoverano nella classe de' frutti o naturali, o civili, perocchè l'usufruttuario può darla in affitto, vendere, o cedere gratuitamente l'esercizio del suo diritto. Egli non diviene proprietario dei frutti se non quando o egli, o altri in suo nome li abbia raccolti;

pe' frutti civili li acquista giorno per giorno, salvo se questi siano la rappresentazione de' frutti naturali, perciocchè in quest' ultimo caso non li acquista che quando sia fatta la ricolta.

L'usufruttuario dee godere da buon padre di famiglia senz'alterare la sostanza (*salva substantia*); per la parola *sostanza* si vuol qui intendere quello che è il principale, il carattere essenziale nel modo di essere della cosa. Egli dee dar cauzione per garentia delle sue obbligazioni.

L'usufrutto si stabilisce:

1. Per via di patti, e stipulazioni; bisogna su questo punto riandare ciò che si è detto per le servitù prediali:

2. Per legato; si vuol notare che in questa spezie di legati non si distingue il momento in cui il diritto eventuale è fissato (*dies cedit*) da quello in cui è scaduto (*dies venit*): se il legatario si muore prima della scadenza, egli non vi ha mai avuto diritto;

3. Per aggiudicazione.

4. In alcuni casi per la legge.

In quanto all' uso o possesso, questo nel diritto antico non poteva mai far acquistare l' usufrutto; è quistione molto controversa se Giustiniano l' abbia ammesso a produr questo effetto al termine di dieci anni tra presenti, e venti tra assenti.

L' usufrutto si estingue:

1. Per la morte dell'usufruttuario;

2. Per le sue diminuzioni di capo: anticamente tutte e tre, sotto Giustiniano, la grande e la media soltanto;

3. Pel non uso: secondoGiustiniano per lo spazio di tre anni riguardo ai mobili, e di dieci o venti anni riguardo agl'immobili; noi non ammettiamo l'avviso di quei che pensano che Giustiniano abbia cambiato non pure il *tempo*, ma eziandio il *modo* dell'estinzione pel non uso. È da por mente che l' usufrutto *in singulos annos, vel menses, vel dies*, non può estinguersi per cosiffatto modo;

4. Per la cessione al nudo proprietario.

5. Per la consolidazione;

6. Pel cambiamento nella sostanza delle cose, ed ancora per altri modi.

L'usufrutto estinto si riunisce alla nuda proprietà, ma solamente quando questa estinzione è intera.

Un senato-consulto posteriore a Cicerone ha permesso di legare una spezie di usufrutto sulle cose che usando si consumano.

Colui al quale si da questo diritto riceve le cose in piena proprietà, ma dà sicurtà di restituirle nella medesima quantità, e qualità alla fine dell' usufrutto; e più frequentemente di restituirne la valuta.

La morte, o le diminuzioni di capo; il termine, o la condizione sono presso a poco i soli mezzi che estinguono questa spezie di usufrutto chiamato dai comentatori secondo alcune espressioni de' testi *quasi-usufrutto*.

L'uso è il diritto di ritrarre l'utilità e i servigi della cosa altrui senza prenderne alcun prodotto, e senz' alterarne la sostanza.

Secondo lo stretto diritto l'usuario ha tutto l'uso, salvo quello che è indispensabile alla cultura ed alle ricolte; ma non può prendere alcun prodotto, nè affittare, nè vendere, nè cedere gratuitamente l'esercizio del suo diritto. Alcune interpretazioni favorevoli hanno in taluni casi, secondo la natura delle cose o secondo l'intenzione delle parti, modificate queste restrizioni. È mestieri applicar successivamente questi principii all'uso di un fondo, di una casa, di una greggia di bestiame minuto, etc.

L'uso si stabilisce, e si estingue come l'usufrutto.

Il dominio può esser siffattamente smembrato, che ad uno appartenga l'uso, ad uno l' usufrutto, e la nuda proprietà ad un altro.

L' abitazione è da Giustiniano annoverata tra le servitù personali; essa in sul principio non era considerata come tale; differisce per la sua natura da queste servitù in ciò: che essa è un diritto unico, uno smembramento del dominio, ma solamente un vantaggio quotidiano aperto ed acquistato giorno per giorno dal legatario, vantaggio, il quale per conseguenza non vien meno nè pel non uso, nè per la piccola diminuzione di capo; sotto Giustiniano essa si avvicina solo pe' suoi effetti all'usufrutto.

Il medesimo è pel diritto ai lavori d'uno schiavo (*jus operarum servi*), il quale oltre a ciò che abbiam detto dell' abitazione, differisce anche maggiormente dalle servitù personali in ciò: che si può trasmettere agli eredi, e continua finchè vive lo schiavo.

AZIONI RELATIVE ALLE SERVITÙ

Il quasi possesso delle servitù è protetto dagl'interdetti *uti possidetis*, *utrubi*,

e *unde vi*, non diretti, ma utili. Vi ha eziandio a riguardo di alcune servitù rustiche taluni interdetti speciali per proteggere il quasi-possesso, allorchè non è nè violento, nè clandestino, nè precario, e dura da un anno.

Per le rivendicazione delle servitù personali o fondiali vi ha due azioni reali: l'azione confessoria, e l'azione negatoria: la prima per reclamare una servitù, nell'esercizio della quale si soffre molestia, e per sostenere che si ha la tale servitù; la seconda per rivendicare una servitù che alcuno esercita, o vuole esercitare sulla nostra cosa, e per sostenere che questa frazione del dominio appartiene a noi, e non è staccata dal nostro dominio.

Queste azioni reali han ciò di particolare, che alcuno le può intentare quantunque sia possessore.

Finalmente in certi casi, anche delle azioni personali possono aver luogo relativamente alle servitù.

ENFITEUSI *(emphyteusis)*

Come diritto reale l'enfiteusi, è un particolare ed esteso smembramento della proprietà, il quale conferisce a colui al quale è attribuito, il diritto di ritrarre tutta l'utilità, tutti i prodotti della cosa altrui, di farvi tutte le modificazioni che vuole, purchè non la deteriori, ed anche di disporne trasferendo ad altri il suo diritto. La durata di questo diritto è indefinita; esso passa ereditariamente a' successori testamentarii, *o ab intestato*.

Questo diritto presso i romani si vede sempre accompagnato dall'obbligazione principale imposta all'enfiteuta di pagare al proprietario una pensione periodica (*pensio*, *canon*).

La convenzione relativa a questo diritto forma un contratto particolare obbligatorio pel solo consentimento delle parti; ma il diritto reale non viene conferito che per la quasi-tradizione.

L'enfiteuta ha per la protezione del suo diritto reale le medesime azioni di un vero proprietario, ma solamente come azioni utili.

SUPERFICIE *(superficies)*.

Il diritto di superficie (*jus superficiarium*) è un diritto reale d'istituzione pretoria. Esso è un diritto analogo ne' suoi effetti a quello di enfiteusi, ma conceduto unicamente dal proprietario d'un terreno, sopra qualunque costruzione su questo terreno elevata.

Siffatta concessione può esser fatta gratuitamente, o a titolo oneroso, col peso di pagare o un prezzo determinato per una volta sola, o una pensione periodica (*pensio*, *solarium*).

La convenzione non può aver luogo in modo obbligatorio, se non nella forma, e secondo le regole dei contratti ordinarî. Ma il diritto reale non è conferito che per la quasi-tradizione.

Il superficiario ha come l'enfiteuta, ma solamente in quanto alla superficie, ed a titolo d'azioni utili le medesime azioni che un proprietario.

PEGNO, O IPOTECA *(pignus, hypotheca)*

Le voci di pegno o d'ipoteca per rispetto al diritto reale ch'esse dinotano, sono interamente sinonime e non vi ha tra esse alcuna differenza per questo riguardo. Questo diritto reale è un diritto di garantia sopra una cosa destinata al pagamento di un debito. Esso dà al creditore con pegno o ipotecario la facoltà: 1. di far vendere la cosa per esser pagato sul prezzo; 2. d'esser pagato su questo prezzo in preferenza degli altri creditori; 3. di rivolgersi contro i terzi detentori per garentia, ed esercizio dei due diritti precedenti.

Questo diritto reale è d'invenzione pretoria. Esso ha questo di particolare ed interamente eccezionale, che la sola convenzione basta a stabilirlo.

L'azione data al creditore per l'esercizio di cosiffatto diritto è un azione pretoria particolare generalmente chiamata azione *quasi serviana*.

PERSONE CAPACI O INCAPACI DI ALIENARE.

Generalmente per alienare bisogna esser proprietario; e reciprocamente quando si è proprietario si può alienare.

Queste due regole patiscono delle eccezioni.

Così, il marito dopo le disposizioni della legge Julia estese da Giustiniano, non può alienare nè ipotecare l'immobile dotale, anche acconsentendovi la moglie; ma la nullità non può essere invocata che dalla moglie, o dai suoi rappresentanti.

Reciprocamente il creditore può vendere il pegno, benchè egli non ne sia proprietario: per verità ciò avviene per effetto della convenzione fatta col debitore.

Un impubere non può alienare. S' egli dà qualche cosa in *mutuum*, il contratto di prestito non è valido; in conseguenza egli ha la rivendicazione per ricuperare la cosa, se ancora esiste; la *condictio certi* se è stata consumata di buona fede; e l'azione *ad exhibendum*, se di mala fede. Se l'impubere riceve un pagamento dal suo debitore, egli acquista la cosa, e nondimeno il debitore non è liberato; ma questi ha contro il pupillo l'eccezione di frode fino a concorrenza di ciò che ha profittato. Affinchè il pagamento dia al debitore che lo fa, *piena sicurezza*, è necessario che sia non solamente fatto al tutore, ma ancora con la permissione del giudice. Quanto alla cosa data in pagamento dall'impubere senz'autorizzazione, devesi applicare ciò che si è detto della cosa data in *mutuum*.

PER MEZZO DI QUALI PERSONE SI ACQUISTA.

Si acquista non solamente da se medesimo, ma eziandio per mezzo di altre persone. A tal riguardo è da distinguere tra l'acquisto della proprietà, e quello del possesso.

Si acquista la proprietà: per mezzo del figliuolo di famiglia, che si ha sotto la propria potestà; per mezzo degli schiavi; per mezzo di coloro di cui si ha l'usufrutto o l'uso; e per mezzo degli schiavi altrui o delle persone libere che si posseggono di buona fede.

Tuttavia a riguardo de' figliuoli di famiglia che si hanno in potestà, son da fare delle distinzioni relativamente a' diversi peculii. Questi peculii sono di quattro specie; peculio *castrenese*, *quasi castrenese*, e quelli che i commentatori han chiamati peculio *avventizio*, e *profettizio*. La posizione de' figliuoli di famiglia relativamente a' loro diritti su questi peculii successivamente migliorata per le imperiali costituzioni, fu da Giustiniano anche a miglior condizione ridotta.

A riguardo delle altre persone, per mezzo delle quali si può acquistare la proprietà, son da fare le distinzioni che risultano dall' estensione de' diritti attribuiti all'usufruttuario, all' usuario, o al possessore di buona fede.

In tutti questi casi, e ne' loro diversi limiti si acquista la proprietà anche non sapendolo, e non volendolo.

In quanto al possesso, si acquista eziandio per le medesime persone, e ne' medesimi limiti. Tuttavia vi ha questa differenza che non si acquista, come la proprietà, non volendolo, e non sapendolo; è necessario che abbiamo l' intenzione, e per conseguenza la cognizione del possesso preso in nostro nome. Nondimeno, se si tratta di cose che entrano in un peculio, l' intenzione generale di profittare di ciò che vi entra, è sufficiente, senza che abbiamo la cognizione particolare di ciascuna cosa, il cui possesso effettualmente vi è entrato.

A riguardo poi delle persone estranee, noi mai non acquistiamo per loro mezzo la proprietà; ma possiamo acquistare il possesso, e per via di conseguenza la proprietà. Anche in questo caso è mestieri che abbiamo la conseguenza e l'intenzione del possesso, che per esse a nostro nome si è preso. Nondimeno se è un nostro procuratore, la primitiva commessione è sufficiente, ed il possesso ci è acquistato anche non sapendolo noi, ed innanzi che conosciamo che il nostro procuratore l'ha ricevuto.

Dopo aver così esposti i modi di acquistare degli oggetti particolari, il testo passa all'esposizione de' modi di acquistare per universalità.

di succedere all'universalità de' beni e dei diritti di un cittadino defunto (1), o questa universalità medesima (2). L'eredità in quest' ultimo senso comprende il patrimonio del defunto considerato nel suo insieme, tranne solamente le cose, che han dovuto estinguersi per la morte, e qualunque esso sia, o che consista in oggetti corporali, o in azioni, o che sia solvibile, o insolvibile, o che sia lucrativo, od oneroso.

Nell'antico linguaggio del diritto l'eredità, l'insieme del patrimonio chiamavasi *familia;* e di quì venne per colui che la raccoglieva la parola *heres*, erede, derivata da *herus*, padrone della famiglia (3); e più tardi quella di *hereditas*, che non erasi per ancora usata nella legge delle XII. Tavole.

In fino a che alcuno non avea ancor raccolto, o acquistato l'eredità, essa per se medesima sosteneva e continuava la persona del defunto (4): formava una spezie di persona legale (5), considerata come proprietaria delle cose ereditarie (6). Per questo modo i romani riempivano la lacuna tra la morte del proprietario, e l'acquisto che un altro faceva della sua eredità. La persona giuridica separata per la morte dell'individuo, posavasi sul patrimonio, infino a che vi fosse un erede nel quale potesse passare.

L'eredità deferivasi per testamento, o per la legge. Nel primo luogo stava l'eredità testamentaria: la disposizione, la dichiarazione del cittadino intorno alla sua eredità; *Uti legassit super pecunia, tutelave suae rei, ita jus esto* » dicevano le XII. Tavole. In secondo luogo, ed in difetto di ogni disposizione testamentaria, la legge decemvirale regolava essa medesima l'eredità: *si intestato moritur....* etc.; e, siccome noi l'abbiam detto, morire intestato era una sventura, o anche un disonore.

Queste due spezie di eredità si escludevano siffattamente a vicenda, che infino a tanto che vi potea essere speranza di eredità testamentaria, l'eredità non poteva esser deferita *ab intestato*; esse mai non potevano incontrarsi insieme nella medesima successione, risguardavansi come due cose inconciliabili l'esser *testato*, ed *intestato* (7). In fatti o si applica la legge comune, o la particolare, ma l'una distrugge l'altra. Onde seguono per conseguenza questi due principii: 1.° Se ha luogo la legge comune, cioè l'eredità *ab intestato*, il defunto non può nulla ingiungere a coloro che non sono eredi per alcun atto della sua volontà; non può nulla disporre; 2.° Se ha luogo la legge particolare cioè il testamento, essa dee abbracciar tutta l'eredità, niente ne può rimaner fuori; se il defunto ha testato solamente per una parte, le disposizioni testamentarie valide saranno estese a tutta quanta l'eredità (8).

TITULUS X.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est.

TITOLO X.

DELLA FORMA DE' TESTAMENTI.

Il testamento è così chiamato, perciocchè esso è l'attestazion della mente o volontà.

Quest'etimologia della parola *testamentum* (*testatio mentis*), può esser riguardata come futile, ed immaginata dopo l'invenzione della parola. Essa ha potuto parer indicata da quella definizione di Ulpiano: « *Testamentum est mentis nostrae justa contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat* » (9); definizione la quale è conforme a quell' altra data nel Digesto da Modestino: « *Te-*

(1) « *Nihil est aliud hereditas quam successio in universum jus quod defunctus habuit* ». (D. 50, 16, f. Gai.).

(2) « *Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quamdam, ac jus successionis, et non singulares res demonstrat* ». (D. 50, 16, 208, §. 7, f. Afric.)

(3) « *Veteres enim heredes pro dominis appellabant* ». (Inst. 2, 19, §. 7).

(4) « *Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet* ». (D. 41, 1, 34, pr. f. Ulp.) Questo principio è eziandio nelle Istituzioni, *lib.* 3, *tit.* 17, *pr.*

(5) « *Hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium, et decuria et societas* ». (D. 46, 1, 22, Florent.)

(6) « *Creditum est hereditatem dominum esse, defuncti locum obtinere* ». (D. 28, 5, 31, §. 1, f. Gai.) — *Domini loco habetur hereditas* ». (D. 11, 1, 15, pr. f. Pomp.)

(7) Cicer. *De inventione 11*, *21*. — « *Jus nostrum non patitur eumdem in paganis et testato, et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus, et intestatus* ». (D. 50, 17, 7, f. Pomp.)

(8) « *Neque enim idem ex parte testatus, et ex parte intestatus decedere potest* ». (Inst. 2, 14, §. 5).

(9) *Ulp. Reg. 20, §. 1.*

stamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri vult » (1). Nondimeno noi vedremo che dopo l'istituzion de'codicilli è venuto a mancar qualche cosa a cosiffatte definizioni.

1. *Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse, quorum altero in pace, et otio utebantur, quod* calatis comitiis *appellabatur; altero cum in praelium exituri essent, quod procinctum dicebatur. Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur,* per aes et libram: *scilicet quod per mancipationem, id est imaginariam quamdam venditionem agebatur, quinque testibus, et libripende civibus romanis, puberibus, praesentibus, et eo qui familiae emptor dicebatur. Sed illa quidem (priora) duo genera testamentorum ex veteribus temporibus* in desuetudinem abierunt. *Quod vero per aes et libram fiebat, licet diutius permansit, attamen* partim et hoc in usu esse desiit.

1. Ma acciocchè non resti addietro cosa alcuna degli antichi che non sia conosciuta, si dee sapere, che già erano in uso solamente due forme di testamenti, de'quali l'uno s'usava in tempo di pace, e chiamavasi *ne'calati comizii*, l'altro in tempo di guerra, ed era nominato procinto. S'aggiunse poi la terza sorta di testamenti che si diceva *per aes et libram*, quello cioè che si faceva per via di mancipazione ossia per una certa vendita fittizia in presenza di cinque testimoni, e del pesatore, tutti cittadini romani, puberi e presenti, e vi era eziandio colui ch'era detto il compratore della famiglia. Ma queste due prime sorte di testamenti sono andate in desuetudine da gran tempo, e quello che si fac[illegible] *et libram* quantun-
[illegible] nondimeno *comin-*

ro due
, come
iillità ,
mbatte-
i ad ag-
mentari
scrittori
i danno
i alcuni
tile nar-
le, pro-

priamente parlando, significano nei comizii convocati (*calare est vocare*) dal greco καλεῖν (2). I comizi calati erano delle assemblee speziali del popolo che si convocavano, quando faceva mestieri, per la spedizione di taluni affari religiosi; ed inoltre in certe epoche periodiche per la formazione de' testamenti. Questo è ciò che insegna Aulo Gellio fondandosi sull'autorità di Labeone: « *Calata comitia ... quae pro collegio pontificum habentur, aut regis, aut flaminum inaugurandorum causa... Iisdem comitiis, quae calata appellari diximus sacrorum detestatio, et testamenta fieri solebant*»(3). La convocazione di questi comizii pe'testamenti, avea luogo due volte l'anno: la qual particolarità ci era rivelata dal solo Teofilo, ma oggidì trovasi eziandio confermata da Gaio (4). Nel giorno di questa convocazione, i cittadini che voleano far testamento, lo facevano in questi comizii sotto l'autorità ed alla presenza del popolo (*teste populo*). Tale era il testamento *calatis comitiis*: la sua forma primitiva e solenne attesta il carattere legislativo, la potestà della legge, che il diritto originario de'romani richiedeva per sanzionare la volontà del cittadino sulla sua eredità.

Procinctum. Gaio ci dà la vera significazione della parola *procinctus*: essa significava esercito messo in punto e sotto le armi: *Procinctus est enim expeditus, et armatus exercitus* » (5). Pel cittadino chiamato alle armi, e presso ad entrare in campagna non si poteva presentar l'occasione de'*comizii calati*, e nondimeno la guerra rendeagli la morte ogni dì imminente. Innanzi ch'ei partisse (*cum belli causa ad pugnam ibant*; *in praelium exituri*), in presenza dell'esercito apparecchiato e messo in armi (*in procinctu*), dopo l'adempimento delle cerimonie religiose, di cui parla Cicerone (6), ogni soldato cittadino poteva fare il suo testamento. Questo praticavasi eziandio durante la campagna, al momento d'una battaglia, o d'una spedizione pericolosa. In questo modo Velleio Patercolo ci narra, come all'attacco di Contrebia in Ispagna cinque coorti legionarie fecero il loro testamento *in procinctu* innanzi che movessero ad attaccare una posizione erta e difficile, dalla quale erano stati cacciati, e che il console comandava che andassero a ripigliare (7). Di tal maniera era il testamento *in procinctu*. Esso era come una

(1) *D. 28, 1, 1.*
(2) Parafr. di Teofilo: sotto questo paragrafo egli descrive minutamente il modo di tale convocazione.
(3) *Aull. Gell. 15, 27.*
(4) « *Quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant* ». (Gai. *2*, §. 101).
(5) *G. 2. §. 101.*
(6) Cicer. *De natura deor. 2. 3.*
(7) « *Facientibusque omnibus in procinctu testamenta velut ad certam mortem eundum foret* ». (Vell. Paterc. 2. 5.)

derivazione del testamento *calatis comitiis*. Pel soldato romano l'esercito messo in punto ed in armi era i *calata comitia*; dove era l'esercito sotto le armi, quivi erano i suoi comizii convocati. Come il primo testamento si chiamava testamento innanzi ai comizii convocati (*calatis comitiis*), così parimente il secondo testamento addomandavasi testamento innanzi all'esercito in arme (*in procinctu*). Quando le Istituzioni, e dopo di esse Teofilo chiamano lo stesso testamento *testamentum procinctum*, questa denominazione è bizzarra, e corrotta, e non è nè di Gaio, nè di Ulpiano, nè degli altri autori romani. Pare per altro che in luogo della primitiva necessità di fare la dichiarazione innanzi all' esercito apparecchiato e messo in armi, come in comizii militari, s'introdusse col tempo il diritto di farla solamente innanzi ad un certo numero di compagni d'arme che facevano da testimoni; il che diede poi origine alle forme ben più semplici e privilegiate dei testamenti militari.

Per aes, et libram. Le due antiche forme di testare presentavano numerosi inconvenienti; e per non dire della difficoltà pe' plebei di aspirare anticamente ad un testamento *calatis comitiis*, questo testamento non poteva esser fatto che in Roma, e solamente due volte l'anno, al tempo della convocazione; l'altro poi solo in tempo di guerra e sotto le armi; e pure si poteva soggiacere ad un repentino ed impreveduto pericolo di morte, e morire intestato per non essersi trovato nel primo, o nel secondo caso. Quì, come in tutta la legislazione, le sottili invenzioni, e le ingegnose finzioni vennero in soccorso della difficoltà. Non si abrogò, ma si eluse il diritto primitivo; non si testò in altra maniera, ma si vendè la propria eredità. La vera eredità, cioè realmente aperta, per la morte di un cittadino, e definita ad un erede, era come cosa incorporale *res nec mancipi* (1); ma il patrimonio, la famiglia del cittadino (*familia pecuniaque*), considerata vivente lui, e nella disposizione che egli medesimo ne faceva, fu riguardata come cosa *mancipi* (V. quì sopra p. 212): e però si trasmetteva per via di mancipazione a colui che si voleva sciegliere per successore, con tutte le formalità ordinarie di quest'atto, come noi le abbiamo esposte (p. 209 e 214): coi cinque testimoni cittadini, il porta-bilance (*libripens*), un pezzo di metallo che rappresentava il prezzo, la bilancia (*aes et libra*), e le parole sacramentali appropriate al caso (2). La mancipazione così adoperata offriva una maniera indiretta e solenne di far testamento in ogni occasione. Il compratore dell' eredità (*familiae emptor*) teneva luogo d'un erede (*heredis locum obtinebat*); e come tale il testatore gl'imponeva, confidava, o commetteva per mandato tutte le disposizioni che voleva si eseguissero dopo la sua morte (*et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet*). Tale era il testamento *per aes et libram*.

In desuetudinem abierunt. Al tempo di Gaio e d'Ulpiano, sotto Antonino il Pio, e sotto Caracalla le due prime forme di testamento erano già da gran pezza cadute in desuetudine, e questi giureconsulti ne parlano come di antiche istituzioni. Il testamento *per ae[illegible]t libram* le avea interamente surrog[illegible] esso medesimo avea subito importanti modificazioni. *Sane nunc aliter ordinatur atque olim solebat*, dice Gaio. In fatti essendo la mancipazione un atto di alienazione irrevocabile, ed il futuro erede, che avea ricevuto il patrimonio in mancipazione, trovandosi compratore del patrimonio (*familiae emptor*), ne risultava che il testatore, tuttochè restasse padrone dei suoi beni durante la sua vita, pure rimaneva impegnato nella scelta del suo erede; il *familiae emptor* avea, secondo i principii rigorosi, un diritto certo di eredità (3). Ma si trovò anche il modo di eludere il rigore di questi principii. Il *familiae emptor* non fu più che un terzo estraneo all'istituzione testamentaria, una spezie di figurante, che interveniva come il porta-bilance per pura formalità, per l'osservanza, in apparenza, dell'antico diritto: «*Alius dicis gratia propter veteris juris imitationem familiae emptor adhibetur*», e l'erede fu istituito in iscritto. Allora il testamento per *aes et libram* si compose, come insegna Ulpiano, di due formalità ben distinte: la prima, la mancipazione dell'eredità (*familiae mancipatio*), e la seconda la *nuncupazione* del testamento (*testa-*

(1) *Gai.* 2. §§ 17. e 54.

(2) « *FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDATAM TUTELAM CUSTODELAMQUE MEAM (RECIPIO, EAQUE) QUO TU JURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC AERE; et ut quidam adjiciunt, AENEAQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori, veluti pretii loco* ». (Gai. 2, §. 104).

(3) Questo è ciò che dice Teofilo nella parafrasi di questo paragrafo.

menti nuncupatio). La mancipazione dell'eredità continuò a farsi, come pel diritto antico, nella forma che abbiam narrata, ma per pura forma, e fu tale mancipazione interamente immaginaria (*imaginaria mancipatio*). Dopo di che il testatore tenendo nelle sue mani le tavolette del testamento, diceva: *Haec uti in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque, vos quirites, testimonium mihi perhibetote.*» E questo dicevasi *nuncupatio*, e *testatio*.

In fatti dice Gaio: *nuncupare est palam nominare*, è nominare ad alta voce; il testatore per queste solenni parole si reputava, nominare e confermare ad alta voce ciascuna cosa che si trovava specialmente scritta sulle tavolette (1).

Partim et hoc in usu esse desiit. Queste parole fanno allusione alla *mancipatio familiae* che era divenuta di pura forma nel testamento *per aes et libram*.

II. *Sed praedicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referebantur; postea ex edicto praetoris forma alia faciendorum testamentorum introducta est. Jure enim honorario nulla mancipatio desiderabatur; sed septem testium signa sufficiebant, cum jure civili signa testium non essent necessaria.*

2. E cotali predetti nomi di testamenti si riferivano alla ragion civile, ma poi per editto del pretore fu introdotta un' altra forma di far testamento. Perchè per diritto onorario non si ricercava che vi fosse alcuna mancipazione, ma bastavano solamente i suggelli di sette testimoni, la qual formalità non era necessaria per diritto civile.

Il diritto civile erasi per la forma dei testamenti fermato ai temperamenti, che quì sopra abbiam narrati; ma il diritto pretorio andò più innanzi. Accomodandosi alle usanze introdotte, e ad una semplicità di forme più utili, non avea più messo importanza alla *familiae mancipatio*, nè anche alla *nuncupatio testamenti*. Il *libripens* ed il *familiae emptor* furono privati della loro parte simbolica che rappresentavano, ed essendo ridotti alla condizione di semplici testimoni, il numero dei testimoni si trovò così aumentato a sette. Ma l'editto del pretore avea ricercato una nuova formalità: erasi introdotta l'usanza di sigillare (*signare*) le tavolette del testamento, per modo che fosse impossibile di leggerle, o alterarle senza rompere i suggelli; il pretore ne fece una rigorosa formalità, richiedendo che i sette testimoni apponessero ciascuno il suo sigillo (*signaculum, annulum*). Tal era il testamento onorario. Se eransi seguite le formalità del diritto, il testamento era valido secondo il diritto civile; se eransi seguite quelle dell' editto, era valido secondo il diritto pretorio. In questo caso non dava l'eredità civile, ma la *possessione dei beni*. Siffatte disposizioni dell'editto erano già in pieno vigore al tempo di Gaio, e d'Ulpiano: «*Etiam si jure civili non valeat testamentum*, dice quest'ultimo giureconsulto, *forte quod familiae mancipatio, vel nuncupatio defuit, si signatum testamentum fuit, non minus quam septem testium civium romanorum signis, bonorum possessio datur*» (2).

III. *Sed cum paulatim, tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendationibus, coepit in unam consonantiam jus civile, et praetorium jungi, constitutum est, ut uno, eodemque tempore (quod jus civile quodammodo exigebat) septem testibus adhibitis, et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, ex edicto praetoris signacula testamentis imponerentur. Ita ut hoc* jus tripertitum *esse videatur, et testes quidem, et eorum praesentia* uno contextu testamenti celebrandi gratia *a jure civili descendant; subscriptiones autem testatoris, et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur; signacula autem, et* testium numerus *ex edicto praetoris.*

3. Ma poi che la ragion pretoria cominciò a poco a poco ad accordarsi colla ragion civile, tanto per l'uso degli uomini, quanto per le emendazioni delle costituzioni, fu ordinato che i testamenti si facessero in un solo, e medesimo spazio di tempo con la presenza di sette testimoni (la qual cosa il diritto civile a un certo modo richiedeva), con la sottoscrizione de' testimoni, il che fu ritrovato dalle costituzioni, e i sigilli imposti per editto del pretore. Per tal modo si vede esser questo diritto derivato da tre fonti, cioè i testimoni e la loro presenza, *in un solo contesto per cagion di fare il testamento* discendono dal diritto civile, le sottoscrizioni del testatore, e de' testimoni si hanno per l' osservanza delle sacre costituzioni, ed i sigilli, col *numero de' testimoni* ci sono per editto del pretore.

Dalla fusione del diritto civile col pretorio, e con le nuove disposizioni delle imperiali costituzioni ebbe origine l'ultima forma del testamento, in vigore sotto Giustiniano, e per la legislazione di questo principe confermata. Il testatore presenta a sette testimoni il suo testamento scritto da lui medesimo, o da un altro,

(1) Ved. su questi particolari *Gaio 2, §. 104.— Ulp. Reg. 20, §§. 2 e 9. — Theoph. hic.*

(2) *Gai. 2, §§. 119, e 147.—Ulp. Reg. 18, 5.*

anticipatamente, o in loro presenza; se il testamento è scritto da un altro, egli vi appone innanzi ad essi la sua sottoscrizione cioè la sua firma, il suo nome (questa formalità non è necessaria, se si ha dal testamento che la scrittura è tutta di sua mano); di poi ciascun testimone alla sua volta vi appone la sua sottoscrizione (*subscriptionem*), e dopo chiuso il testamento, il suo sigillo (*signaculum*, *annulum*).

Se il testatore vuol fare un testamento segreto, di cui alcuno non debba conoscere le disposizioni, egli lo presenta suggellato, legato, o solamente chiuso, avvolto fin dove finisce la scrittura, dichiarando che quello è il suo testamento; sulla parte non ravvolta che è rimasta aperta (*reliqua parte*) appone la sua sottoscrizione, e se non sappia, o non possa scrivere, vi si supplisce con un ottavo testimone che sottoscrive in sua vece; i testimoni vi appongono anch'essi la loro sottoscrizione, e di poi chiuso interamente il testamento, vi pongono il loro suggello (1).

Il tempo in cui questa nuova forma fu sostituita alle due precedenti, fu sotto il regno di Valentiniano III. in Oriente, e di Teodosio II. suo collega in Occidente. Tuttavia la sostituzione non fu compiuta nelle parti occidentali dell'impero, perciocchè i lavori storici del Savigny han dimostrato che l'uso del testamento civile per *aes et libram*, e del testamento pretorio si mantenne in occidente, e che nel medio evo ancora si osservava.

Jus tripertitum. Il testo sufficientemente dimostra come ed in che le forme di questo testamento provenivano dal diritto, civile, dal diritto pretorio, e dalle costituzioni. Di qui i comentatori hanno immaginato pel testamento medesimo il nome di *testamentum tripertitum*.

Uno contextu. La solennità del testamento, cioè le diverse formalità, di cui esso si compone, debbono esser adempite in un solo contesto senza potersi interrompere per l'interposizione di alcun atto estraneo, salvo la necessità di soddisfare a' bisogni richiesti dallo stato di salute dal testatore (2): «*Est autem uno contextu*, dice Ulpiano, *nullum actum alienum testamento intermiscere*» (3). I testamenti *calatis comitiis*, e per *aes et libram* ci mostrano entrambi l'origine di questa regola; se i comizii sono interrotti, tutto si dee ricominciar da capo; parimente l'atto civile della mancipazione non ammette alcuna interruzione (p. 357 nota 1.). Del resto l'operazione di scrivere, o di dettare il testamento non va compresa nella solennità, la quale non comincia che dalla presentazione dell'atto a' testimoni.

Testamenti celebrandi gratia. Questo fa allusione ad un altra condizione del diritto civile, cioè che i testimoni debbono esser insieme adunati specialmente pel testamento (*specialiter rogati*); perchè i comizi erano specialmente convocati (*calatis comitiis*). Il che nel diritto più recente debb'intendersi, dice Ulpiano, in questo senso, che se siano stati adunati per un altro affare, ma prima di cominciare la solennità, si prevengano (*certiorentur*), che debbono servir da testimoni al testamento, ciò basta (4).

Testium numerus. Provenendo dal diritto civile la necessità della presenza dei testimoni, il loro numero era di cinque in conformità di questo diritto; ma avendo l'editto del pretore ridotto il *libripens*, ed il *familiae emptor* alla semplice parte di testimoni per la soppressione della mancipazione, si può dire che il numero dei testimoni, che allora fu di sette, proveniva dall'editto.

IV. ***Sed his omnibus ex nostra constitutione propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum est, ut per manus testatoris, vel testium nomen heredis exprimatur, et omnia secundum illius constitutionis tenorem procedant.***

4. Ma a tutte le sopraddette cose, acciocchè i testamenti sieno sinceri e non vi s' usi frode alcuna, si è per nostra costituzione aggiunto che il nome dell' erede sia scritto per mano del testatore, o de' testimoni, e che ogni altra cosa proceda secondo il tenore di quella costituzione.

La necessità di questa formalità aggiunta, imposta da una costituzione di Giustiniano (Cod. 6. 23. 28.) fu di poi soppressa per una novella del medesimo imperatore (Nov. 119. 9.)

V. ***Possunt autem omnes testes et uno annulo signare testamentum. Quid enim si septem annu-***

(1) V. nel C. la costituzione di Teodosio e di Valentiniano 6, 23, 21. — Quest' ultima forma di testare si è perpetuata quasi senz'alterarsi fino nel nostro codice sotto il nome di testamento *mistico*: *articolo 976 e seg. del codice civile (articolo 902 delle nostre leggi civili)*.

(2) La costituzione di Giustiniano *Cod. 6, 23, 28*, ne dà una minutissima enumerazione.

(3) *D. 28, 1, 21, §. 3, Ulp.*

(4) *D. 28, 1, 21, §. 8, f. Ulp.*

li una sculptura fuerint, secundum quod Papiniano visum est? Sed alieno quoque annulo licet signare testamentum.

5. Tutti i testimoni possono segnare il testamento con un solo anello. In fatti che vi sarebbe a dire, secondo che Papiniano ha fatto osservare, se fossero i sette anelli tutti scolpiti d'un segno medesimo? È parimente lecito segnar il testamento con l' anello d' altri.

Il sigillo trovavasi scolpito sull'anello che portavano ordinariamente i cittadini romani; ma sarebbesi potuto validamente segnare con tutt'altra impronta che con quella di un anello? Sì certamente, risponde Ulpiano, purchè vi sia scolpito qualche segno, o figura distintiva (1). Quest'apposizione di un sigillo per ciascun testimonio potrebbe parer illusoria, essendo permesso di adoperare non solamente l'anello altrui, ma ancora lo stesso anello per tutti. Ma si vuol sapere che ciascun testimone allato all'impronta che avea fatta, scriveva di sua propria mano da chi, e sul testamento di chi questo sigillo erasi apposto. Questa era un'usanza generalmente seguita, e che i giureconsulti raccomandavano di osservare, molto tempo innanzi che le imperiali costituzioni avessero richiesta la sottoscrizione de'testimoni (2). Per altro non è da confondersi quest'annotazione posta a lato del sigillo, con la sottoscrizione richiesta dalle costituzioni; questa sottoscrizione, come la stessa parola dinota, era interna, sotto l'involto (*subscriptio*), nel corpo medesimo dell'atto, ma l'altra era esteriore sull'involto (*superscriptio*).

VI. *Testes autem adhiberi possunt ii*, cum quibus testamenti factio est. *Sed neque* mulier, *neque* impubes, *neque* servus, *neque* furiosus, *neque* mutus, *neque* surdus, *nec* cui bonis interdictum est, *neque is quem leges jubent* improbum, intestabilemque *esse, possunt in numero testium adhiberi.*

6. Possono esser chiamati a testimoni coloro, *i quali hanno la fazione del testamento.* Ma non possono esser chiamati nel numero de' testimoni nè *la donna*, nè *l'impubere*, nè *lo schiavo*, nè *il pazzo*, nè *il muto*, nè *il sordo*, nè *i prodighi interdetti*, nè quelli che la legge comanda che si abbiano per indegni, e che non possano far testamento.

Questo paragrafo non può spiegarsi in modo soddisfacente, senza riportarsi al testamento *per aes et libram*, come era rigorosamente nella sua prima forma, quando l'erede era egli stesso il *familiae emptor*.

Cum quibus testamenti factio est. Al tempo di cui parliamo, il testatore *mancipans*, l'erede *familiae emptor*, il *libripens*, ed i testimoni concorrevano tutti insieme a fare il testamento; era dunque mestieri che avessero tra loro *la fazione di testamento*, vale a dire il potere di concorrere insieme alla sua formazione. E siccome quest'atto era allora una mancipazione, così era necessario che avessero rispettivamente il diritto di partecipare alla mancipazione o come alienante, o come acquirente, o come *libripens*, o come testimoni: la condizione generale per tutti era che avessero il *commercium* (3); vi erano inoltre delle condizioni particolari per ciascuno secondo la parte che rappresentava.

Mulier. Le donne potevano acquistar per mancipazione o da se medesime, o per mezzo altrui (4); esse adunque potevano concorrere alla formazione del testamento come *familiae emptor*, ma nol potevano nè come testatore, perchè la mancipazione delle cose *mancipi* era loro vietata senza l'autorizzazione del loro tutore (5); nè come *libripens*, nè come testimoni, perchè elleno non erano ammesse a prestare il loro ministero in atti pubblici, e solenni (6).

Impubes. Bisogna applicare le medesime riflessioni agl'impuberi (7), con que-

---

(1) *D. 28, 1, 21, §. 5.* In questo frammento bisogna ristabilire la negazione, che evidentemente vi manca.

(2) *D. 28, 1, 21, §. 4, f. Ulp. — 30, f. Paul.*

(3) Per esempio vediamo in Ulpiano *(Reg. 19, 4)*, che la mancipazione poteva aver luogo tra i latini Giuniani, perciocchè essi avevano il *commercium (commercium datum est)*; e però lo stesso autore dice in seguito: « *Latinus Junianus, et familiae emptor, et testis et libripens fieri potest, quoniam cum eo testamenti factio est* ». (Reg. 20, 8,). Ma il Latino Giuniano non eseguiva queste parti, che per l' adempimento della mancipazione. In quanto alla capacità di acquistare egli medesimo l'eredità, se era stato istituito erede, egli per la legge *Junia* non l'avrebbe altrimenti avuta, che se alla morte del testatore, o nell'intervallo della crezione, fosse divenuto cittadino romano. *(Ivi 22, 3).*

(4) *Gai. 2, 90.*

(5) *Ulp. Reg. 11, 27. — 20, 15,—Gai. 1, 115, 2, §§. 112, 113, 118, 121, e 122.*

(6) Elle erano nondimeno ammesse a render testimonianza in giudizio *(D. 28, 1, 20, §. 6, f. Ulp.)* perocchè ivi si trattava di attestare de'fatti, di cui aveano notizia, e non di concorrere ad un ministero pubblico.

(7) *Gai. 2, §§. 83, e 87. — Ulp. Reg. 19, 18,* purchè fossero pervenuti all' età in cui potevano acquistare per mancipazione.

sta differenza nondimeno, che essi non potevano mancipare la loro eredità neppur con l'autorità del loro tutore (1). Del resto erano regole positive della mancipazione, che il *libripens*, ed i testimoni fossero puberi (*civibus romanis puberibus*).

Servus. I medesimi principî per gli schiavi; essi possono ricevere in mancipazione, ed esser per conseguente *familiae emptor* pel loro padrone (2), ma non già mancipare, nè esser *libripens*, o *testimoni*, *cum juris civilis communionem non habeant*.

Furiosus, *mutus*, *surdus*. Il *pazzo* non può in modo alcuno partecipare alla fazione del testamento nè come mancipante, nè come *familiae emptor*, nè come *libripens*, nè come testimone, *quoniam mentem non habet*, salvo che non sia in un lucido intervallo. Il *muto*, perchè se egli è *mancipans*, o *familiae emptor*, *verba nuncupationis* (*vel mancipationis*) *loqui non potest*, e se è, *libripens* o testimone non può renderne testimonianza. Il *sordo* perchè *verba familiae emptoris* (*vel mancipantis*) *exaudire non potest*.

Cui bonis interdictum est. Il prodigo non poteva in niuna maniera concorrere ad una mancipazione, perciocchè gli era interdetto il commercio (*quoniam commercium illi interdictum est*), e per conseguenza non avea la fazione di testamento in niuna qualità (3).

Improbum, *intestabilemque*: questa espressione *intestabilis* comprendeva in un tempo medesimo l'incapacità di testare, e quella di concorrere alla fazione del testamento (*nec testamentum facere poterit*, *nec ad testamentum adhiberi*): come sarebbe la persona condannata per libello (*ob carmen famosum*) (4); per concussione (*repetundarum*) (5), per adulterio (*adulterii*) (6), e quegli che dalla parafrasi di Teofilo ci viene indicato, e che qui segnatamente è da notare, cioè colui che essendo concorso ad un testamento, avesse ricusato di assistere alla sua apertura dopo la morte del testatore, per riconoscere la sua *sottoscrizione* ed il suo sigillo.

Noi abbiamo spiegato questo paragrafo co' principi dell'antico dritto al tempo in cui l'erede concorreva egli medesimo alla formazione del testamento, in qualità di *familiae emptor*; e per questi principî tutto chiaramente si spiega, ma è mestieri por mente ai cambiamenti che sopravvenner di poi.

Il *familiae emptor*, avendo cessato di essere l'erede medesimo, il quale era istituito nelle tavolette, e per questo modo era estraneo alla mancipazione, ne risultò che alcuni cittadini i quali, secondo la prima forma, non potevano essere eredi, perchè era loro impossibile d'intervenire in una mancipazione, poterono da poi essere istituiti secondo la nuova forma: tali furono l'impubere anche *infans*, il pazzo, il muto, il sordo, l'interdetto; e fuor d'ogni dubbio, quantunque nol troviamo espresso nei frammenti de' giureconsulti, questa estensione nella facoltà d'istituire certe persone, fu una delle principali cagioni, che determinarono la modificazione del testamento *per aes et libram*. Da allora in poi la locuzione aver fazione del testamento con alcuno, applicata agli eredi, non significò più, come anticamente, poter concorrere personalmente alla formazione solenne del testamento, ma prese il senso che già al tempo di Gaio e d'Ulpiano gli attribuiscono i giureconsulti, e che troviam chiaramente definito nel §. 1. del titolo 19 delle Instituzioni, quì appresso: « hanno la fazione del testamento quelli che posson ricevere per testamento da un altro, ed acquistare sia per se medesimi sia per altri, benchè non potessero eglino medesimi far testamento » (7). In questo senso lo schiavo, l'impubere, anche l'*infans*, il pazzo, il muto, il sordo, l'interdetto hanno la fazione del testamento, quantunque non possano personalmente cooperare alla formazione del testamento.

Per effetto de' medesimi cambiamenti è avvenuto eziandio che non si son più ricercate pel *familiae emptor* le condizioni richieste per colui che acquista per la mancipazione, ma sibbene quelle di un semplice testimone; perciocchè egli, ed il *libripens* non intervengono più che per mera forma. E però dopo Gaio, il quale scriveva: « *De libripende eadem quae et de testibus, dicta esse intelligemus: nam et is testium numero est* », Ulpiano di già scriveva: *Mutus*, *surdus*, *furiosus*, *pupillus*, *femina*, *neque familiae emptor*, *neque testis*, *libripensve fieri potest* » (8).

È regola generale a riguardo de' testi-

(1) *Gai*. *2*, *113*. (2) *Gai*. *2*. § *87*.
(3) *Ulp*. *Reg*. *19*. *4*. combinata con *20*. *13*. *e D*. *28*. *1*. *18*.
(4) *D*. *28*. *1*, *18*, § *1*. *f*. *Ulp*. *22*. *5*. *21*. *f*. *Arcad*.
(5) *Ivi 15*. *f*. *Paul*. (6) *Ivi 14*. *f*. *Papin*.
(7) *Inst*. *2*. *19*. *4*. — *Dig*. *28*. *1*. *16*. *f*. *Pomp*. *28*. *5*. *49*. §. *1*. *f*. *Florent*.
(8) *Gai*. *2*. *107*. — *Ulp*. *Reg*. *20*. *7*.

moni, che le condizioni della loro capacità non debbano in loro considerarsi che al momento in che prestano il lor ministero, cioè al momento della formazione del testamento (*testamenti quidem faciendi tempore*), come dice il paragrafo che segue; poco importano i mutamenti sopravvenuti da poi: « *Conditionem testium tunc inspicere debemus, cum signarent, non mortis tempore* » (1).

VII. *Sed cum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea vero servus apparuit, tam divus Hadrianus, Catonio Vero, quam postea divus Severus, et Antoninus, rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut sic habeatur, ac si ut oportet factum esset; cum eo tempore quo testamentum signaretur omnium consensu, hic testis loco liberorum fuerit, neque quisquam esset, qui ei status quaestionem moveret.*

7. Ma s'egli avviene che alcun dei testimoni che era giudicato uomo libero quando si fece il testamento, si trovi poi che era schiavo, rescrisse tanto il divino Adriano a Catonio Vero, quanto dipoi il divino Severo ed Antonino, che per le loro liberalità intendevano che si sovvenisse al testamento in quel che mancava, acciocchè fosse tenuto così valido e fermo come se al principio fosse stato debitamente fatto, giacchè al momento che il testamento si sottoscrisse, quel testimone per consenso di tutti fu avuto per uomo libero, e non vi fu chi gli avesse mosso questione quanto al suo stato.

VIII. *Pater, nec non is qui in potestate ejus est, item duo fratres qui in ejusdem patris potestate sunt, utrique testes in uno testamento fieri possunt; quia nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.*

8. Il padre ed eziandio colui che è in sua potestà, inoltre due fratelli che siano in potestà del medesimo padre, possono veramente esser testimoni in un testamento, perciocchè non nuoce che da una casa medesima si abbiano più testimoni per un negozio che a questa casa non appartiene.

Oltre le proibizioni assolute di esser testimone nel testamento di chicchessia, vi ha delle proibizioni relative, le quali impediscono solamente che si possa far da testimone nel testamento di certe persone. La regola generale a questo riguardo è che, passandosi il testamento tra il testatore e l'erede, niuno di essi nè alcun membro della loro famiglia possono esser testimoni. Quando diciamo membri della lor famiglia, ciò non s' intende che del capo, e di quelli che si trovano insieme riuniti sotto la medesima potestà, perciocchè tra loro, secondo il dritto civile, non formano quanto alla proprietà che un solo e medesimo essere collettivo, e nòn possono per conseguenza prestarsi testimonianza tra loro medesimi (*reprobatum est domesticum testimonium*). Non si ha a questo soggetto alcun riguardo alla parentela naturale; così uscitosi una volta dalla famiglia, e dalla potestà, anche il legame di parentela che è tra fratelli, o tra padre e figliuolo, non è un impedimento ad esser testimoni nel testamento l'uno dell'altro.

Quanto a'testimoni nulla impedisce che siano tra loro membri della medesima famiglia, purchè sieno estranei al testatore, ed all'erede.

IX. *In testibus autem non debet esse qui in potestate testatoris est. Sed si filius familias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater ejus recte adhibeatur testis, nec is qui in potestate ejusdem patris est; reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.*

9. Ma tra i testimoni non ha ad esser colui che è in potestà del testatore. Che se il figliuol di famiglia *dopo che sarà stato licenziato dal campo* farà testamento del *peculio castrense*, suo padre non è rettamente chiamato per testimonio, nè anche colui che è in potestà del medesimo padre, perciocchè in quel caso il testimonio domestico non è ammesso.

De castrensi peculio. Noi sappiamo che il figliuol di famiglia poteva far testamento sul suo peculio castrense (v. quì sopra p.316). Siccome a riguardo della proprietà di questo peculio la famiglia non formava un solo essere collettivo, ma il figliuolo ne avea la proprietà esclusiva e separata, Ulpiano fondandosi sull'autorità di Marcello pensava, che i membri della famiglia del figliuolo testatore potevano servirgli da testimoni nel testamento relativo a questo peculio. Ma Gaio per contrario, considerando il legame di potestà paterna che gli univa, avea nei suoi comentarii contrariamente deciso (2). Questa decisione appunto noi vediamo quì ritenuta nelle Istituzioni, mentre che quella di Marcello, e d'Ulpiano è stata inserita nel Digesto (3).

Post missionem. Perciocchè se il figliuolo faceva il suo testamento essendo ancora al campo, egli godeva del privilegio de'testamenti militari, e non era soggetto alle regole ordinarie del diritto civile nè pel numero, nè per le incapacità de'testimoni, nè per le altre forme.

(1) *D. 28. 1. 22. §. 1. f. Ulp.*

(2) *Gai. 2. 106.* (3) *Dig. 28. 1. 20. §. 2.*

X. *Sed neque heres scriptus, neque is qui in potestate ejus est, neque pater ejus, qui habet eum in potestate, neque fratres qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt; quia hoc totum negotium quod agitur, testamenti ordinandi gratia*, creditur hodie inter testatorem et heredem agi. *Licet enim totum jus tale conturbatum fuerat, et veteres quidem familiae emptorem, et eos qui in potestate coadunati fuerant a testamentariis testimoniis repellebant, heredi, et iis qui conjuncti ei per potestatem fuerant concedebant testimonia in testamentis praestare; licet ii qui id permittebant, hoc jure minime abuti eos debere suadebant, tamen nos eamdem observationem corrigentes, et quod ab illis suasum est in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiae emptoris, merito nec heredi qui imaginem vetustissimi familiae emptoris obtinet, nec aliis personis, quae ei, ut dictum est, conjunctae sunt, licentiam concedimus, sibi quodammodo testimonia praestare: ideoque nec ejusmodi veteres constitutiones nostro Codici inseri permisimus.*

10. Non possono anco esser chiamati per testimoni nè l'erede scritto, nè colui ch' è in sua potestà, nè suo padre che lo ha sotto il potere paterno, nè i fratelli, che sono in potestà del medesimo padre; perciocchè il testamento *si considera oggi come un atto che si fa interamente tra il testatore, e l' erede.* E benchè tutto questo diritto fosse confuso, e gli antichi rifiutassero per testimoni testamentarî il compratore della famiglia, e coloro che gli erano per potestà congiunti, e concedessero poi all'erede, ed a tutti coloro che gli erano per potestà congiunti di poter esser testimoni nel testamento, consigliando però di non abusare di tal facoltà, noi nondimeno correggendo cotale osservanza, e riducendo a necessità di legge quello che era da lor consigliato, ad imitazione del pristino comprator della famiglia, non concediamo licenza, e meritamente, nè all' erede che assomiglia l'antichissimo comprator della famiglia, nè a quelle persone che gli sono, come si è detto, congiunte, ch' elle sieno quasi come testimoni a loro medesime. E però non abbiamo voluto che così fatte costituzioni antiche fossero messe nel nostro Codice.

Creditur hodie inter testatorem et heredem agi. Al tempo del testamento *per aes et libram* l'atto si passava tra il testatore ed il compratore della famiglia; e però su costoro, ed i membri della loro famiglia cadevano le incapacità di esser testimoni; or come negli antichi tempi il *familiae emptor* era l'erede medesimo, l'atto si passava con lui, e però nè egli, nè alcuno de'suoi poteva esser testimone. Ma quando si adoperò un terzo per compratore della famiglia, l'erede divenne estraneo alla formazione dell'atto, quindi ed egli, ed i membri della sua famiglia poterono esser testimoni.

Siffatta testimonianza era rigorosamente conforme al diritto civile, nondimeno i giureconsulti consigliavano come cosa convenevole, di astenersene. Sotto la nuova forma di far testamento introdotta dalle costituzioni non si tratta più di *familiae emptor*, l'atto si riguarda come passato tra il testatore, e l'erede; la testimonianza adunque di costui, e dei suoi è necessariamente rifiutata.

Suadebant. Tali sono i consigli che dà Gaio ne'suoi commentarii, lib. 2. §. 108.

XI. *Legatariis autem et fideicommissariis, quia non juris successores sunt, et aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus, imo in quadam nostra constitutione et hoc specialiter concessimus, et multo magis iis qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate, hujusmodi licentiam damus.*

11. Ma a'legatarî, ed a'fedecommessarii, *perchè non son successori di diritto*, e ad altre persone a loro congiunte non neghiamo di poter esser testimoni, anzi *in una certa nostra costituzione* fu loro ciò spezialmente permesso, e tanto più diamo così fatta licenza a coloro che sono in lor potestà, o che hanno altri in potestà loro.

Quia non juris successores sunt. I legatarii, ed i fedecommessarii hanno senza dubbio un interesse particolare alle disposizioni del testamento, ma quest' interesse non era paruto sufficiente per far rifiutare la loro testimonianza. Quando il testamento era considerato come una mancipazione eseguita tra il mancipante, ed il compratore della famiglia, non poteva cadere in pensiero di escluderli dal far da testimoni; essendochè eglino erano al tutto estranei all'atto; neppure era loro consigliato di astenersi per ragion di convenienza. Dopo il testamento introdotto dalle costituzioni imperiali, questo diritto si mantenne per la forte ragione, ch'essi non sono successori al diritto del testatore, che non è loro trasmessa l'eredità, e che per conseguenza il testamento non può esser considerato come passato tra il testatore, e loro.

Quadam nostra constitutione. Essa non ci è pervenuta; ne troviamo una nel codice, ma è di Zenone (1).

XII. *Nihil autem interest, testamentum in tabulis, aut in charta, membranave, vel in alia materia fiat.*

12. Non importa nulla che il testamento si scriva o in tavole, o in carta, o in pergamena, o in qualunque altra materia.

(1) *Cod. 6. 23. 22.*

XIII. *Sed unum testamentum pluribus perficere codicibus quis potest, secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis: quod interdum etiam necessarium est; veluti si quis navigaturus, et secum ferre, et domi relinquere judiciorum suorum contestationem velit, vel propter alias innumerabiles causas quas humanis necessitatibus imminent.*

12. E può alcuno far *un solo testamento in più originali*, osservando però in ciascuno le debite forme, la qual cosa è talor necessaria a farsi, come sarebbe quando alcuno essendo per navigare volesse portar seco il suo testamento, e lasciarne un altro a casa, acciocchè morto lui, si potesse conoscere la sua ultima volontà, o per altre cagioni che sono innumerevoli per gli accidenti delle cose del mondo.

Unum testamentum pluribus codicibus. Il testamento è un solo, ma son più gli originali. Non si vuol confondere questi originali con le semplici copie. Gli esemplari, de' quali qui si ragiona son fatti ciascuno con l'adempimento di tutte le forme prescritte (*secundum obtinentem observationem omnibus factis*); ciascuno ha il carattere di originale, e può supplir solo alla perdita degli altri, e per questo fine appunto si fanno. Le copie prese sull'originale non avrebbero nè questo carattere, nè questi effetti.

XIV. *Sed haec quidem de testamentis, quae scriptis conficiuntur. Si quis autem voluerit sine scriptis ordinare* jure civili *testamentum septem testibus adhibitis, et sua voluntate coram eis nuncupata fiet, hoc perfectissimum testamentum* jure civili, *firmumque constitutum.*

14. Ma basti aver fin qui ragionato de' testamenti che si fanno in iscritto. Che se poi qualcuno vorrà ordinar testamento senza scritto *per diritto civile*, sappia che chiamati sette testimoni, e detta alla lor presenza la sua volontà, questo è perfettissimo testamento, secondo il diritto civile, ed è confermato dalle costituzioni.

Se i testamenti non avessero potuto altramente farsi che per iscritto, un gran numero di cittadini sarebbero stati ridotti all'impotenza di far testamento, ma si poteva testare e per iscritto, e verbalmente. Il primitivo testamento *per aes et libram* non comportava alcuna necessità di scrittura; il testatore dopo aver mancipato la sua eredità al *familiae emptor*, che allora era il medesimo erede, poteva fargli conoscere le disposizioni che gli dava ad eseguire, così per una dichiarazione a voce, come per via di tavolette scritte (v. qui sopra p. 340) (1). La medesima cosa fu quando il *familiae emptor* fu tutt'altra persona che l'erede: dopo eseguita la mancipazione, il testatore poteva senza dubbio dare delle tavolette scritte, facendo la nuncupazione generale di che abbiam ragionato; e di cui abbiam riferita la formola (p. citat.); ma poteva egualmente passarsi d'ogni scrittura, e fare una mancipazione speciale e particolareggiata, dichiarando ad alta voce il nome del suo erede, e le altre sue disposizioni. Ecco perchè Ulpiano dice: «*Licebit ergo testanti, vel nuncupare heredes, vel scribere*» (2); che anzi la nuncupazione generale accompagnata da uno scritto non era stata ammessa che come un equivalente della vera ed intera nuncupazione. L'editto del pretore, richiedendo l'apposizione de' sigilli, e le costituzioni imperiali, le sottoscrizioni dei testimoni, supposero la necessità d'uno scritto; ma nel tempo medesimo fu mantenuta a' cittadini la facoltà di testare verbalmente secondo il diritto civile per la nuncupazione, cioè per la dichiarazione della volontà innanzi a sette testimoni: solamente non vi fu più mestieri di mancipazione precedente, nè di *emptor familiae* nè di *libripens*.

Jure civili. In fatti abbiam veduto che questo testamento rimase estraneo alle nuove forme introdotte dal diritto pretorio, e dal diritto delle costituzioni; ma i pretori non per questo ne proteggevano meno la sua esecuzione, dando la possessione de' beni in forza delle sue disposizioni (3). Questo è il testamento, che i comentatori addomandano *nuncupativo*.

TITULUS XI.

DE MILITARI TESTAMENTO

TITOLO XI.

DEL TESTAMENTO MILITARE

Da che i soldati cominciarono a poter fare e disfare gl'imperatori, e questi dall'altra parte cominciarono a poter coi loro editti compartir dei favori, e privilegi, non mancarono privilegi a'soldati; questi ne ebbero degl'importanti in quanto ai loro testamenti sì per la capacità di testare, sì per la capacità di coloro ai quali volevan lasciare i loro beni, sì per la forma dell'atto, e sì pel modo di disporre. Le concessioni di siffatti privilegi cominciarono col primo imperadore Giulio Cesare,

(1) *Gai 2. 103.* (2) *D. 28. 1. 21. princ.* (3) *Cod. 6. 11. 2. cons. di Gordiano.*

come una semplice concessione temporanea (1); i suoi successori Tito, Domiziano confermarono questa successione; Nerva e Trajano la resero generale; anzi se ne fece una clausola particolare che fu messa ne' mandati imperiali, e di cui Ulpiano ci ha tramandata la formola (2). I pretori consacrarono al testamento militare un capitolo speciale dell'editto, e diverse costituzioni imperiali regolarono e svolsero questo diritto eccezionale (3). Il titolo delle Istituzioni, che ora abbiamo a spiegare, non tratta che dei privilegi relativi alla forma del testamento.

Supradicta diligens observatio in ordinandis testamentis, militibus propter nimiam imperitiam *eorum constitutionibus principalibus remissa est. Nam, quamvis ii neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint, recte nihilominus testantur. Videlicet cum in expeditionibus occupati sunt: quod merito* nostra constitutio introduxit. *Quoque enim modo voluntas ejus suprema* sive scripta *inveniatur, sive* sine scriptura, *valet testamentum* ex voluntate ejus. *Illis autem temporibus per quae citra expeditionum necessitatem in aliis locis, vel suis aedibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur. Sed testari quidem,* et si filii familias sunt *propter militiam conceduntur: jure tamen communi eadem observatione in eorum testamentis adhibenda, quam et in testamentis paganorum proxime exposuimus.*

La sopradetta diligente osservanza in ordinar i testamenti è stata per costituzione de' principi dispensata coi soldati *per la loro imperizia*; perciocchè quantunque essi non chiamino il legittimo numero di testimoni, e non osservino altra solennità de' testamenti, nondimeno testano rettamente però quando son occupati nelle spedizioni, la qual cosa è stata meritamente introdotta dalla nostra costituzione. Così in qualunque modo si trovi l'ultima volontà del soldato o in scrittura, o senza scrittura, il testamento vale per la volontà di lui. Ma nel tempo ch'essi vivono fuor delle spedizioni, o in altri luoghi, o a casa loro non hanno cotal privilegio. Si concede bene per rispetto della milizia, ch'essi possano testare eziandio se saranno figliuoli di famiglia: ma secondo il diritto comune debbono osservar ne'loro testamenti quel che si osserva ne' testamenti di coloro che non sono soldati, siccome poco fa abbiam ragionato.

Propter nimiam imperitiam. Non era a cagione della loro imperizia, ma sibbene a cagione della loro qualità, e condizione di soldato, giacchè i loro privilegi si estendevano eziandio alla capacità, e d'altra parte essi non ne godevano che al campo, e nelle spedizioni.

Nostra constitutio introduxit. Non ostante quest' asserzione, si può giustamente mettere in dubbio che la costituzione di Giustiniano sia stata la prima ad introdurre questa regola, per la quale il privilegio dei militari è limitato ai testamenti fatti nel campo, e nelle spedizioni. a giudicarne da' frammenti di Ulpiano, e da due costituzioni l' una di Antonino, l'altra di Costantino (4), pare che la regola sia stata fin dal principio, o almeno molto prima di Giustiniano.

Sive scripta. Anche se nel combattimento, nel momento che era per lasciare la vita, egli col suo proprio sangue l'avesse scritta sul suo scudo o sul fodero della spada, ovvero l' avesse tracciata sulla polvere con la punta del suo ferro (5).

Sive sine scriptura. Se il militare dichiara la sua volontà in iscritto, non è necessario alcun testimone; se la dichiara verbalmente, non è necessario che i testimoni, a' quali egli la dichiara, sieno stati spezialmente convocati, nè che sieno più di due, il qual numero è sufficiente a far pruova, ogni volta che la legge non ne ha richiesto un numero maggiore (6).

Ex voluntate ejus. La sola volontà del militare fa la forza del testamento indipendentemente da ogni forma, e da ogni solennità: « *Sufficiat nuda voluntas testatoris* » così si legge nel mandato imperiale. Tutto quel che si ricerca è che questa volontà sia manifesta, poco importa in qual modo.

Et si filii familias. Si tratta del testamento sul peculio castrense, che i figliuoli di famiglia posson fare, anche quando non sono più all'esercito; ma allora però debbono adempire tutte le forme ordinarie.

1. *Plane de testamentis militum divus Trajanus Statilio Severo ita rescripsit: « Id privilegium quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab iis testamenta rata sint, sic intelligi debet, ut utique prius, constare debeat testamentum factum esse,*quod et sine scriptura *a non militantibus quoque fieri potest. Is ergo miles, de cujus bonis apud te quaeritur, si* convocatis ad hoc

(1) Questo è uno degli esempi che provano, come qui sopra abbiam detto, quanto sia falsa l'opinione di coloro che stabiliscono al tempo di Adriano il cominciamento delle costituzioni imperiali.

(2) *D. 29, 1, 1, princ. f. Ulp.*

(3) *D. 2, f. Gai.* — Ved. anche *Gai. comm. 2. SS. 109, 110, 114.* — *Ulp. Reg. 23, 10.*

(4) *Ulp. Reg. 23. 10.* e soprattutto *D. 29. 1. 4, f. Ulp.* — *Cod, 28, 21, 1, const. Anton.* — *15, constit. Constant* — La costituzione di Giustiniano è nel medesimo titolo del Codice, *legge 17*.

(5) Queste sono le parole della legge. *Cod. 23, 21, 15, const. Constant.*

(6) *D. 22, 5, 12, f, Ulp.*

hominibus ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declararet quem vellet sibi heredem esse, et cui libertatem tribueret, potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, et voluntas ejus rata habenda est. Ceterum si, ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui: EGO TE HEREDEM FACIO, AUT BONA MEA TIBI RELINQUO, non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest, quam ipsorum quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti. Alioquin non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui affirmarent se audisse dicentem aliquem, relinquere se bona cui visum sit: et per hoc vera judicia subvertuntur.

1. E quanto a' testamenti de' militari il divino Trajano rescrisse a Statilio Severo in questa forma: « Il privilegio conceduto a'soldati che i testamenti in qualunque modo fatti da loro, sieno validi, s'intende in questa maniera, che si vegga, prima se sia stato fatto un testamento; or quest' atto può esser fatto *senza scrittura* anche da chi non è soldato, adunque se quel soldato, de' beni del quale si è mossa questione innanzi a te, avendo chiamato a se delle persone per esporre la sua volontà, ha favellato in maniera che si comprenda qual sia colui ch'egli ha fatto suo erede, si può dir ch' egli abbia testato senza scrittura, e la sua volontà si dee aver per ferma: ma s' egli avrà detto a qualcuno, siccome alle volte suol avvenir favellando: *io ti fo mio erede*, ovvero *ti lascio i miei beni*, non accade che questo s' osservi come testamento. Il qual esempio importa che non sia ammesso, più a' soldati, che hanno cotal privilegio, che ad ogni altra persona. Altrimenti dopo la morte di qualche soldato facilmente si troverrebbero testimoni, che affermerebbero aver udito dire al morto, ch' ei lasciava i suoi beni al tale o tal'altro che loro andrebbe a grado, e per questo si sovvertirebbero le vere intenzioni, e giudizi dell' animo.

Quod et sine scriptura. Il *quod* si riferisce bene al testamento. Il senso è che il testamento può esser fatto senza scrittura anche da chi non è soldato (*et a non militantibus*), e per conseguenza eziandio dai soldati, sempre però con la dispensa dalla solennità. Ecco perchè l'imperatore reassume più appresso la sua decisione in queste parole: *potest videri sine scripto hoc modo esse testatus*. Del resto la controversia dei comentatori su questo *quod* non ha nulla d'importanza.

Convocatis ad hoc hominibus. Ciò non vuol dire che i testimoni ne' testamenti militari debbano specialmente essere convocati. L'imperadore risponde alla specie sulla quale era stato consultato, e propone i fatti, ma non stabilisce una regola. Basta leggere la parafrasi di Teofilo, per ben valutare il carattere di rescritto che appartiene a questa costituzione.

II. *Quinimo et mutus, et surdus miles testamentum facere potest.*

2. Che anzi il soldato o sia muto, o sia sordo può far testamento.

È mestieri supporre, dice la parafrasi di Teofilo, che si tratti di un soldato, il quale per cagione di sopravvenuta infermità debba esser congedato per causa accidentale (*causaria missio*), e che faceva il suo testamento, come dice Ulpiano, prima di aver ricevuto questo congedo (*ante causariam missionem*), nel momento che si trova ancora tra le file dell'esercito (1). In fatti sarebbe cosa assurda e sconvenevole, aggiugne Teofilo, che il sordo o muto fosse ammesso, o rimanesse al servizio militare, perciocchè l'uno non ode i comandi del suo capo, e l' altro, se foss' uopo dare all'armi, nol potrebbe fare.

Il privilegio di forma, del quale quì si ragiona, diviene pel sordo o muto un privilegio di capacità, essendochè la necessità delle forme solenni non gli permetterebbe in nessun modo di testare.

III. *Sed hactenus hoc illis a principalibus constitutionibus conceditur* quatenus militant, *et in castris degunt*. Post missionem *vero veterani, vel extra castra si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium romanorum jure facere debent. Et quod in castris fecerunt testamentum, non communi jure, sed quomodo voluerint post missionem intra annum tantum valebit. Quid igitur si intra annum quidem decesserit* conditio autem *heredi adscripta* post annum extiterit? *an quasi testamentum militis valeat? Et placet valere quasi militis.*

3. Ma questo è lor conceduto poter fare dalle costituzioni de' principi *fino a tanto ch' essi militano* e vivono negli eserciti. Ma i veterani dopo licenziati, o gli altri che ancora militano ma non sono al campo, non possono far testamento se non seguendo le forme del diritto comune a tutt'i cittadini romani. E quel testamento che avran fatto nel campo non secondo il diritto comune, ma in qualunque modo essi avran voluto, valerà solamente infra l'anno dopo il congedo. Ma se alcuno morrà in fra l' anno, e *la condizione posta all' erede si avveri più oltre dell' anno*, si dee dire che il testamento vaglia come testamento di soldato? E piace che esso vaglia quasi testamento di soldato.

Quatenus militant. Il privilegio non ha ancora luogo quando non si è ancora soldato, e non ha più luogo quando si è cessato di esser soldato. Or non si è soldato che dal momento in cui alcuno è stato in-

(1) *D. 29. 1. 4. f. Ulp.*

corporato, ed iscritto ne' ruoli (*in numeris*), e si cessa di esser tale quando alcuno ne è cancellato per effetto di congedo, o altra cagione qualunque. Per le persone nuovamente scelte nelle leve (*lecti, tirones*) benchè faccian viaggio a spese dello stato per raggiugnere l'esercito, non sono ancor militari fino alla loro incorporazione (1).

Post missionem. Purchè sia un congedo onorevole, o per causa accidentale, (*honestam*, vel *causariam missionem*, termini consacrati). I testamenti di coloro che per disonorevole cagione son licenziati (*ignominiae causa missi*) cessano incontanente di valer come testamenti militari. Il medesimo è di quelli de' prefetti, tribuni, o altri capi militari, che non sono stati congedati, ma surrogati da altri (2).

Conditio autem...post annum extiterit? Nel diritto romano allorchè l'istituzione d'erede è condizionale, l'eredità testamentaria si apre all'avveramento della condizione, non già alla morte del testatore. In questo mezzo e fino all'accettazione, l'eredità, come già abbiam detto, si reputa *continuare la persona del defunto*; si dovrà dunque conchiuder da ciò, che il testamento del soldato morto infra l'anno dal suo congedo non sarà valido, perchè la condizione non sia ancora compiuta, e per conseguenza l'eredità si apra dopo il termine dell'anno? Nò veramente: se si dà un anno al soldato, questo è per lasciargli tempo di rifare il suo testamento, secondo il diritto comune; se questo tempo gli è mancato, il suo testamento militare è valido, a qualunque tempo si riferiscano le sue disposizioni. Quì dunque è a considerare il momento stesso della morte del testatore, e non quello dell'apertura della successione.

Nondimeno la durata del testamento militare era limitata ad un anno dopo il congedo non solo per quanto riguardava i privilegi di forme, ma ancora per gli altri privilegi testamentarî de' soldati. Così era anche la medesima cosa pe' privilegi relativi alla capacità del testatore, a quella degli eredi, ec. (3). E questo ha potuto principalmente far sorgere il dubbio nella quistione che ora abbiam proposta, e risoluta col testo.

IV. ***Sed et si quis ante militiam non jure fecit testamentum, et miles factus, in expeditione degens, resignavit illud, et quaedam adjecit, sive detraxit, vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est valere testamentum, quasi ex*** **nova militis voluntate.**

4. Ma se alcuno innanzi che fosse soldato avesse fatto testamento non secondo il diritto, e dopo, fatto soldato essendo nel campo lo abbia aperto, aggiugnendo, o levando qualche cosa, o abbia in altro modo dimostrato volere che quel testamento vaglia, si dee dire che quel testamento vaglia *come per la nuova volontà d'un militare.*

Ex nova militis voluntate. Siccome il soldato può trasandare tutte le forme, così manifestando la sua volontà di adottare il suo testamento già fatto o con modificazione, o senza, egli fa di questo testamento fin allora nullo *un nuovo testamento* valido secondo il dritto militare. Ma se non avesse manifestata questa novella volontà, il testamento resterebbe sempre nullo; perciocchè il privilegio non si applica a' testamenti de' militari, ma a' testamenti fatti dai militari (*non militum testamenta, sed quae a militibus facta sunt*).

Dopo aver esaminato col testo delle Istituzioni i privilegi di forma conceduti allo stato militare, ci resta a dire alcuna cosa degli altri principali privilegi. *In quanto alla capacità di testare*, il diritto conceduto a' figliuoli di famiglia di testare sul peculio castrense a principio non era che un privilegio militare. *Quanto alla capacità di coloro, in favore de' quali si fa testamento*: i militari potevano istituir eredi i deportati, e quasi tutti quelli, co' quali non si avea la fazione di testamento (4); tali erano ancora al tempo di Gaio i *peregrini*, i Latini Giuniani, i celibi, gli *orbi* (5). *Quanto alla libertà, al modo, ed alla estensione delle loro disposizioni*: Essi non eran soggetti alla necessità d'una dichiarazione formale per diredare i loro figliuoli (6); il loro testamento non si rescindeva per inofficiosità (7); potevano legare più di tre quarti de' loro beni (8); morir parte testato e parte intestato (9); per conseguenza aver più d'un testamento (10); e disporre dell'eredità anche per codicillo (11).

A quest' ordine di privilegi si riferisce

---

(1) *D. 29. 1. 42. f. Ulp.*
(2) *Ivi 26, f. Macer. — 21. f. Afric.*
(3) *D. 28, 3, 7. Ulp.* (4) *D. 29, 1, 13, § 2. Ulp.*
(5) *Gai. 2, §§. 110, e 111.*
(6) Ved. qui appresso tit. *13, §. 6.*
(7) *C. 3, 28, 9, const. Alexandr.*
(8) *C. 6, 21, 12, cons. Const.*
(9) *D. 29, 1, 6, fr. Ulp. — 37, f. Paul.*
(10) *Ivi 19, pr. f. Ulp.*
(11) *Ivi 36, pr. f. Paul.*

il paragrafo seguente del nostro titolo, e non già a' privilegi di forma.

V. *Denique si* in adrogationem *datus fuerit miles, vel filius familias* emancipatus *sit, testamentum ejus* quasi militis ex nova voluntate valet, *nec videtur capitis deminutione irritum fieri.*

5. Finalmente se il soldato sarà dato *in arrogazione*, o essendo figliuol di famiglia *sarà emancipato*, il suo testamento varrà come se fosse fatto *di nuova volontà del soldato*. E si considera come se per la diminuzione di capo non fosse divenuto inutile.

Per l'intelligenza di questo paragrafo è a sapere che secondo il diritto comune, il testamento del cittadino romano, benchè a principio validamente fatto, cadeva, diveniva inutile (*irritum*), se il testatore soffriva una delle tre diminuzioni di capo, qualunque essa si fosse. Esaminiamo quali erano su questo punto le eccezioni prodotte dallo stato militare, cominciando dalla grande e dalla media diminuzione di capo, di cui il testo non fa parola.

Queste due diminuzioni rendevano il testamento *irritum*, perchè il testatore perdeva i diritti di libertà, o di città. Vi avea un' eccezione a favore del militare che le avesse sofferte per effetto di una pena ricevuta per un reato militare (*ex militari delicto damnatus*). Un rescritto di Adriano gli permetteva di testare non ostante la sua condanna, ed Ulpiano afferma ch' egli può testare secondo il diritto privilegiato de'soldati (*et, credo, jure militari testabitur*). Ciò posto il giureconsulto dimanda, che diverrà del suo testamento s'egli ne avesse fatto uno innanzi che patisse la diminuzione di capo? Secondo il diritto rigoroso diverrà *irritum* per effetto del mutamento di stato e di persona, che il testatore ha sofferto, ma sarà egli necessario che sia rifatto, affinchè ripigli la validità che per lo stretto diritto ha perduta? (*an vero poena irritum factum reficiendum est?*) No, decide Ulpiano, dappoichè se Adriano permette a questo condannato di testare, e se allora fa testamento coi privilegi militari, la sola volontà ch' egli abbia di far valere il precedente testamento basta per farlo considerare come rifatto: « *Et si militari jure ei testamentum sit, dubitari non oportet, quin si voluit id valere, fecisse id credatur* » (1). Questo è il caso di rettamente applicare le parole del nostro paragrafo: *Quasi militis ex nova voluntate valet.*

Passiamo alla piccola diminuzione di capo che può avvenire, ed ai capi di famiglia per l'arrogazione, ed ai figliuoli per l'emancipazioni, o per l'adozione. Bisogna fissar bene in mente quest'idea, che per la piccola diminuzione di capo, in qualunque modo avvenisse, o che aumentasse, o che sminuisse la capacità di colui che la pativa, vi era sempre rinnovamento di persona, di famiglia, di proprietà. La persona diminuita di capo, passando in una nuova famiglia diveniva una nuova persona, e s' identificava ad una nuova proprietà; perciocchè la proprietà era concentrata in ciascuna famiglia. Dal che seguiva che il testamento da lui precedentemente fatto non poteva più conservare alcun effetto, quando la persona, la famiglia, ed anche la proprietà non erano più le medesime. Esso dunque diveniva *irritum*, salvo al testatore di farne un altro nella nuova posizione in cui entrava, se questa gliel permetteva. Tal'era il diritto comune. Ma i soldati aveano ancora su questo punto il privilegio, che non avean mestieri di formare delle nuove disposizioni; il testamento fatto per la posizione in cui erano innanzi che il mutamento di stato fosse avvenuto, applicavasi eziandio alla nuova (*quasi militis ex nova voluntate*); e benchè rigorosamente fosse divenuto *irritum*, per la diminuzione di capo, pure si reputava non esser tale (*nec videtur capitis deminutione irritum fieri*).

In adrogationem. Così il testamento fatto da un capo di famiglia *soldato* o per tutt'i beni, o per le sole cose acquistate nel campo, si trasformava in certa guisa, se questo capo di famiglia veniva a darsi in arrogazione, e si applicava al peculio castrense formato per la diminuzione di capo, come se per questo peculio fosse stato fatto. Ma altramente sarebbe andata la cosa, se si fosse trattato dell'arrogazione di un veterano che avea già cessato di esser soldato (2).

Emancipatus. Così il testamento che il figliuol di famiglia *soldato* avea fatto sul suo peculio castrense, si trasformava in certo modo, se questi veniva ad esser emancipato; e benchè, per esser egli divenuto capo di famiglia, non vi fosse più peculio, ma solamente de' beni formanti

(1) *D. 28, 3, 6, §. 6, f. Ulp.*

(2) *D. 29, 1, 23, f. Tertull.*

una sola, e medesima massa (1), nondimeno il testamento fatto pel peculio castrense si applicava a questo nuovo stato di cose, come se per questo appunto fosse stato fatto (2). Pare che quest' ultimo privilegio fosse stato eziandio esteso a' veterani (3).

Quasi militis ex nova voluntate. In tutte queste cose la trasformazione del testamento corrisponde alla trasformazione della persona e della proprietà, come se vi fosse stata nuova volontà.

VI. *Sciendum tamen est quod ad exemplum castrensis peculii, tam* anteriores leges *quam principales constitutiones quibusdam quasi-castrensia dederunt peculia*, *et* quorum quibusdam *permissum erat etiam in potestate degentibus testari. Quod* nostra constitutio, *latius extendens, permisit omnibus in his tantummodo peculiis testari*, sed jure quidem communi. *Cujus constitutionis tenore perspecto, licentia est nihil eorum quae ad praefatum jus pertinent, ignorare.*

6. Tuttavia si dee sapere che avendo tanto *le leggi anteriori*, quanto le costituzioni de' principi dato ad alcuni, ad esempio del peculio castrense, il peculio quasi-castrense, e ad alcuni tra questi essendo permesso di poter testare, quantunque fossero in altrui potestà, noi per nostra costituzione allargando questa materia non solamente ad alcuni, ma a tutti abbiamo conceduto licenza di testare di questi peculî, *osservando però gli ordini del diritto comune*. Dalla qual costituzione, se ben si considera, ciascuno può conoscere tutto ciò che a questo diritto si appartiene.

Anteriores leges. Non si dee conchiudere da ciò, che la creazione del peculio quasi-castrense rimontasse alle leggi anteriori alle costituzioni, cioè alle leggi della repubblica. Tutto al più si può dedurre (come quì sopra abbiam detto p. 317) da alcuni frammenti di Ulpiano nel Digesto, che questo peculio era già conosciuto prima delle costituzioni di Costantino; ma anche questa data si può contrastare, perchè secondo un'altra opinione, i frammenti di Ulpiano si tengono come alterati da' compilatori del Digesto; ed il peculio quasi castrense come una innovazione che prende data solamente da Costantino.

Quorum quibusdam. Il diritto di testare sul peculio castrense prima di Giustiniano non era dato generalmente a tutti quelli che aveano cosiffatto peculio, ma solamente per eccezione ad alcune classi privilegiate: tali erano i consoli, i proconsoli, i prefetti di legione, i presidenti di provincia, ed altri; Giustiniano è il primo che a tutti senza distinzione lo concede.

Nostra constitutio. Nel codice lib. 3 tit. 28 *De inofficioso testamento* costituzione 37.—lib. 6. tit. 22 costit. 12.

Sed jure quidem communi. Senza il privilegio militare.

Del resto questo paragrafo appartiene piuttosto al titolo seguente, che a questo.

DI ALCUNI ALTRI TESTAMENTI DISPENSATI DALLE FORME ORDINARIE.

In questa classe vanno annoverati:

I testamenti fatti nel campo da quelli, che non essendo soldati, si trovano nell'esercizio (*in hosticolo, in procinctu versantur*), e sono esposti a' medesimi pericoli (*eadem pericula experiuntur*). Questi testamenti in caso di morte nell'esercito son validi senz'altre forme che quelle dei soldati (4);

I testamenti de' *navarchi*, *trierarchi*, dei rematori, e de' nocchieri nelle flotte, perchè questi uomini di mare son militari (5);

I testamenti di coloro che son colpiti da una malattia contagiosa, ai quali una costituzione di Diocleziano, e di Massimiano rimette non già la convocazione, ed il numero de' testimoni, ma la necessità di avvicinarli, e di recarli in presenza del testatore, o anche di adunarli insieme tra loro, secondo un'altra interpetrazione (6);

I testamenti fatti in campagna, ove sovente è difficile trovar de' testimoni, che sappiano scrivere. Per siffatti testimoni una costituzione di Giustiniano dà varie agevolezze e dispense quanto alla neces-

(1) *C. 5, 28, 37, in fin.*
(2) *Ivi 22, f. Marcian.*
(3) *D. 37, 11, 1, § 8, f. Ulp. — 28, 3, 6, § 13 f. Ulp.* Checchè si possa indurre dalle parole di questo giureconsulto, esso era un diritto eccezionale, e privilegiato. Pel caso di arrogazione Tertulliano lo dice positivamente; pel caso di adozione lo dice anche Marciano, ed è forza riconoscerlo anche in questo caso per tutte le ipotesi. In fatti si supponga che il testamento fatto dal figliuolo di famiglia sul suo peculio, si mantenesse dopo la sua emancipazione solamente sulle cose acquistate in campo; or bene come poteva questo capo di famiglia esser parte testato, e parte intestato, se non per effetto di un privilegio? Si supponga che questo testamento si applicasse a tutti i beni, ed allora come avveniva che essendo stato fatto pel solo peculio castrense, prendeva questa estensione universale, e subiva questa trasformazione, se non per la presunzione privilegiata, *quasi ex nova militis voluntate?*
(4) *D. 37, 13, 1, pr. f. Ulp.*
(5) *D. 37. 13. 1. §. 1.*
(6) *C. 6, 23, 8.*

sità della sottoscrizione del testatore, e de' testimoni, e permette eziandio di ridurre fino a cinque il numero de' testimoni (1).

TITULUS XII.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM.

TITOLO XII.

A QUALI PERSONE NON È PERMESSO FAR TESTAMENTO.

La prima cosa a considerare, dice Gaio, se ricerchiamo della validità di un testamento, è, se colui che l'ha fatto avea la fazione di testamento: « *Imprimis advertere debemus, an is qui id fecerit, habuerit testamenti factionem* ».

Noi abbiamo sufficientemente spiegato qual'era l' origine, ed il valore primitivo di questa frase, *fazione di testamento*. Noi sappiamo che dopo essersi rendute semplici le forme testamentarie, essa, secondo la propria definizione delle Istituzioni, dinota in primo luogo la capacità di fare un testamento, ed in secondo luogo quella di ricevere ed acquistare per se, o per altri dal testamento di un'altra persona (2).

Noi qui seguendo il testo c'intratterremo alquanto della prima di queste due capacità.

La fazione del testamento non era di diritto privato, ma di dritto pubblico: « *Testamenti factio non privati sed publici juris est*, dice Papiniano (3). Il diritto di regolare la sua eredità, cioè di darsi dopo la morte, nell' associazione generale, un continuatore della sua persona giuridica, questo diritto non era una conseguenza necessaria della proprietà, ma facea mestieri che si fosse ricevuto dalla legge, e coloro non aveano la fazione di testamento, a'quali la legge non l'avea conceduta (*quibus non est permissum facere testamentum*).

Nella fazione del testamento due cose si debbono ben distinguere; il diritto di avere un testamento, e quello di farlo; vale a dire l'attribuzione legale del diritto, e la capacità sufficiente per esercitarlo; o più semplicemente il diritto, e l' esercizio del diritto. Così ogni cittadino romano capo di famiglia ha il diritto di avere un testamento; ma s'egli è pazzo, o impubere, ecco un'impossibilità morale; se è sordo e muto, un' impossibilità fisica, che gli rende impossibile di testare, e che produce a suo riguardo un incapacità eccezionale di esercitare il diritto, che secondo la regola comune gli appartiene.

Per la fazione di testamento, cioè per poterlo formare, e far validamente, sono evidentemente richieste amendue queste condizioni: attribuzione legale del dritto, e capacità di esercitarlo; l'una e l' altra sono parimente indispensabili; se manca una delle due, il testamento fin dal principio è nullo, e non potrà mai aver valore. Ma fatto che sia validamente il testamento, si presentano delle importanti distinzioni.

La capacità di esercitare il diritto può cessare, e non ritornar più; il testatore può divenir pazzo, interdetto, sordo e muto, ed esser tale anche al momento della sua morte, ciò poco importa: purchè gli sia restato il diritto di avere un testamento, egli non ha più bisogno dell'esercizio di questo diritto, essendocchè di già lo ha esercitato, di già si è cautelato facendo il suo testamento a tempo opportuno. Questo testamento rimane valido, e l' incapacità susseguente, la quale impedisce solamente l'esercizio, non nuoce al dritto del testatore, più che non nuocerebbe l'incapacità fisica risultante dalla malattia, e dall'avvicinamento della morte.

Ma per quanto si appartiene all'attribuzione del diritto in se stesso, la cosa va tutt'altramente: bisogna che questo diritto esista, e si mantenga in fino alla morte. In fatti il testamento in realtà non si fa che per questo supremo momento; se è formato prima, ciò è solamente per anticipazione. La disposizione dell'eredità, benchè anticipatamente dichiarata, si reputa fatta dal morente nel momento istesso che la vita lo abbandona; è dunque mestieri che in questo momento abbia ancora non la capacità di dichiarare la sua volontà, ma il diritto di disporre. Che anzi i principii rigorosi richiedevano che il dritto non avesse mai cessato di essere in lui dal momento che s'era fatto il testamento fino a quello della morte. Se esso

---

(1) *Ivi 31*. Quest' è l' origine delle disposizioni analoghe del nostro diritto.

(2) Dal che i comentatori han fatto due sorte di fazioni: la *fazione attiva*, e la *fazione passiva*, modi di dire che mai non sono stati nella lingua del diritto romano. La fazione, cioè la cooperazione alla formazione del testamento era un fatto attivo tanto da parte del testatore, che da parte del *familiae emptor*, del *libripens*, e de' testimoni.

(3) *D. 28, 1, 3.*

fosse stato distrutto nel tempo intermedio, per qualsivoglia spazio di tempo, comechè dipoi fosse stato ristabilito, ciò bastava per rendere inutile il primo testamento, salvo il dritto di farne un altro. Noi vedremo quali temperamenti avea il dritto pretorio apportati a cosiffatto rigore di principii.

Reassumendo, fermiamo la regola che vi ha, quanto al dritto di testare, due epoche a considerare: quella della formazione del testamento, quella della morte; di più il tempo di mezzo. La capacità d'esercitare il dritto si richiede solamente alla prima, cioè al tempo della formazione dell'atto; ma il dritto in se stesso è sempre richiesto da che si è fatto il testamento fino alla morte senza interruzione.

Poste queste idee preliminari, è ben agevole l'intelligenza del testo.

Non tamen omnibus licet facere testamentum. Statim enim ii qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent, adeo quidem ut quamvis parentes eis *permiserint, nihilo magis jure testari possint; exceptis iis quos antea enumeravimus, et precipue militibus qui in potestate parentum sunt, quibus de eo quod in castris acquisierunt permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. Quod quidem jus initio tantum militantibus datum est tam auctoritate divi Augusti, quam Nervae, nec non optimi imperatoris Trajani; postea vero subscriptione divi Hadriani et etiam dimissis a militia, id est veteranis, concessum est. Itaque si quod fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum quem heredem reliquerint.* Si vero intestati decesserint nullis liberis vel fratribus superstitibus, *ad parentem eorum* jure communi *pertinebit. Ex hoc intelligere possumus, quod in castris acquisierit miles qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare, neque patre mortuo, cum fratribus commune esse, sed scilicet proprium ejus esse, qui id in castris adquisierit; quamquam jure civili omnium qui in potestate parentum sunt peculia, perinde in bonis parentum computantur, ac si servorum peculia in bonis dominorum numerantur. Exceptis videlicet iis, quae ex sacris constitutionibus, et praecipue nostris, propter diversas causas non adquiruntur.* Praeter hos igitur, *qui castrense, vel quasi-castrense, habent, si quis alius filius familias testamentum fecerit, inutile est, licet suae potestatis factus decesserit.*

Non è a tutti lecito di far testamento, perchè quegli uomini che son sottoposti all'altrui volontà non hanno diritto alcuno di far testamento, e quantunque i padri dessero loro licenza, non possono per questo legalmente farlo, fuor solamente quelli di che innanzi abbiam ragionato, e spezialmente i soldati, che sono in potestà de' padri, ai quali è permesso per le costituzioni de' principi far testamento di quello che s' acquistarono nel campo. Il qual diritto a principio fu dato solamente a coloro che militavano, tanto per autorità del divino Augusto, quanto per Nerva, e per l' ottimo imperadore Trajano; ma poi per la sottoscrizione del divino Adriano fu eziandio conceduto a' soldati licenziati dalla milizia, cioè a' veterani. E pertanto se avranno fatto testamento sul peculio castrense, questo si aspetta a colui che essi avranno lasciato erede. *Ma se morranno senza far testamento, non restando vivi nè discendenti, nè fratelli, succederanno i padri per diritto comune.* Per questo possiamo intendere che ciò che il soldato in potestà del padre si guadagna in campo, non gli può esser tolto da suo padre, nè venduto da' creditori del padre, e morto il padre, non è comune cogli altri fratelli, ma proprio di colui che lo ha acquistato nel campo; benchè per diritto civile ogni peculio di coloro che son sottoposti al padre sia computato ne' beni del padre non altrimenti che si computino tra i beni dei padroni i peculi degli schiavi, eccettuandone però quei beni, che per le sacre costituzioni, e spezialmente per le nostre, non si acquistano a' padri per diverse cagioni. *Fuor di costoro* che hanno un peculio castrense o quasi-castrense se alcun altro figliuol di famiglia farà testamento, sarà inutilmente fatto, quantunque poi sia morto di sua ragione, e libero.

Questo paragrafo preliminare è relativo al dritto di testare in se stesso, e gli altri che seguono alla capacità di esercitarlo.

Coloro a' quali non è dato il dritto di testare sono:

Gli schiavi, e per conseguenza coloro che han sofferto la gran diminuzione di capo, per la servitù della pena, o per la cattività presso il nemico. Non pertanto vediamo in Ulpiano che gli schiavi pubblici del popolo romano (*servus publicus populi romani*) potevano disporre per testamento della metà del loro avere (1);

I peregrini a'quali non sia stato conceduto il dritto di commercio; e per conseguenza coloro che han patita la media diminuzion di capo. Tuttavia i *peregrini* spezialmente cittadini d'una città (*certae civitatis cives*) vi potevano far testamento secondo le leggi di questa città (2);

Quelli, il cui stato è dubbioso, incerto (*qui incertus de statu suo dubitantes vel errantes*). Tale sarebbe lo schiavo francato per testamento del suo padrone, ma che ignorasse costui esser morto, ed essersi accettata l' eredità. Sicchè bisogna avere la conoscenza, la certezza del proprio stato e del diritto che produce (3);

Nella primitiva legislazione anteriore alle XII. Tavole nè gli schiavi fatti liberi,

(1) *Ulp. Reg. 20, 16.* (2) *Ivi §. 14.* (3) *D. 28. 1. 14. f. Paul. — 15. f. Ulp.*

nè i loro figliuoli aveano il diritto di testare. Questo fu un rigore, dal quale fu forza che i patrizî si ritraessero al tempo che queste leggi furon publicate. Più tardi, quando si distinsero tre ordini di francati, i due nuovi ordini che furon creati, cioè i *Latini Giuniani*, *e i dedititzi* non ebbero il diritto di testare (1). Sotto Giustiniano non è più questione di cosiffatte differenze;

Le persone dichiarate *intestabiles*, delle quali abbiam ragionato quì sopra p. 343;

Finalmente i figliuoli di famiglia, i soli di cui il testo fa parola. Non si poteva per essi neppure far quistione di testare, essendochè eglino non aveano niuna proprietà, *quoniam nihil suum habent*, dice Ulpiano.

Quamvis parentes eis permiserint. Il consentimento del capo di famiglia, nella cui persona la proprietà ripôsava, non avea cosiffatto potere; perciocchè possiamo ben permettere che altri faccia l' alienazione della nostra cosa, ma non già una disposizione testamentaria. Nel primo caso non vi ha che un diritto privato, ma nel secondo un diritto pubblico.

Allorchè fu a' figliuoli di famiglia attribuita la proprietà di certi peculii, questo diritto non fu sufficiente a produrre anche quello di testare; perciocchè l' uno, secondo che abbiam detto, non è la conseguenza necessaria dell'altro. Bisognava che la fazione di testamento fosse loro spezialmente conceduta, e questa gradualmente fu loro data nel modo indicato dal testo; da prima pel peculio *castrense*, ed a favore solamente de' soldati; di poi anche pel peculio *quasi-castrense*, a favore solamente di alcune classi, e da ultimo sotto Giustiniano per tutti coloro che aveano questa sorta di peculio.

Si vero intestati decesserint. La posizione del peculio castrense era ben differente, secondo che il figliuolo di famiglia moriva avendo testato, o no sul suo peculio. S'egli avea testato, il peculio castrense formava una vera eredità testamentaria deferita in questa qualità a coloro, ch'egli si avea scelti ad eredi (*testamento facto pro hereditate habetur castrense peculium*). Se era morto senza testamento, il peculio castrense non formava un'eredità *ab intestato*, ma non avendo il figliuolo usato del diritto che gli era conceduto, il peculio castrense rientrava nel diritto comune, cioè nel diritto di tutti i peculii; il capo di famiglia lo ripigliava non per diritto ereditario, ma per diritto di peculio (*non quasi hereditas*, *sed quasi peculium*) (2), come cosa a lui appartenente secondo il diritto antico (*antiquo jure*) ed anche per una spezie di *postliminium*; il padre si reputava non essere mai stato privo di questa proprietà, e gli atti di alienazione ch'egli innanzi la morte del figliuolo per avventura ne avesse fatti, divenivano validi: « *Quod si intestatus decesserit filius*, *postliminii cujusdam pater antiquo jure habeat peculium*, *retroque videatur habuisse rerum dominia* (3). In fatti, dice quì Teofilo, nella sua parafrasi: allorchè colui, al quale è stato conceduto per innovazione alcun favore eccezionale, non ne usa, l'antica legge riprende il suo effetto.

Nullius liberis vel fratribus superstitibus. Questa è una derogazione introdotta al diritto, che ora abbiamo esposto. Sicchè morto intestato il figliuolo, il suo peculio castrense non ritorna immediatamente a titolo di peculio al capo di famiglia, ma è raccolto di preferenza come successione *ab intestato* da' suoi discendenti, ed in difetto, da' suoi fratelli. Solo nel caso che il figliuolo defunto non abbia lasciato ne' discendenti ne' fratelli, il peculio castrense si deferisce al padre.

Jure communi. Ma allora ritornerà al capo di famiglia a titolo di peculio, secondo il diritto comune a tutti i peculii, ovvero sarà deferito agli ascendenti a titolo di successione *ab intestato*, secondo il diritto comune delle successioni introdotte da Giustiniano? Le parole *jure communi* del nostro testo hanno la prima, o la seconda significazione? I comentatori le interpetrano nell'ultimo senso. ma la parafrasi di Teofilo attribuisce ad esse la significazione perfettamente opposta: *secondo il diritto comune*, dice il professore contemporaneo di Giustiniano, *vale a dire come un peculio ordinario*. Noi vi ritorneremo quando si tratterà delle successioni.

Praeter hos igitur. Benchè i figliuoli di famiglia abbiano la proprietà del peculio avventizio, pure non ne possono disporre, perchè niuna legge concede loro questo diritto.

I. *Praeterea testamentum facere non possunt: impuberes, quia nullum eorum animi judicium est; item furiosi, quia mente carent. Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes, aut furiosus po-*

(1) *Ulp. R. 20, 14.* (2) *D. 49, 17, 1, e 2, f. Ulp.* (3) *D. 49, 19, § 5, f. Tryph.*

stea compos mentis factus fuerit, et decesserit. Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur: certe eo quod ante furorem fecerint testamento valente. Nam neque testamentum recte factum, neque ullum aliud negotium recte gestum postea furor interveniens perimit.

1. Oltre a ciò gl'impuberi non possono far testamento, perchè non hanno giudizio alcuno. Similmente i pazzi, perchè mancano di mente. E non importa che l'impubere sia di poi divenuto pubere, o il pazzo si sia morto sano di mente. Ma se i pazzi fanno testamento in quel tempo, nel quale la pazzia è intermessa, egli pare che abbiano rettamente testato, ed a più forte ragione è valido il testamento che fu fatto innanzi che la pazzia sopravvenisse; perciocchè o il testamento rettamente fatto, o qualunque altro atto validamente fatto, non è da annullarsi per pazzia che sopravvenga di poi.

II. *Item prodigus cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest; sed id quod fecit antequam interdictio bonorum ei fiat, ratum est.*

2. Similmente il prodigo, al quale è vietata l'amministrazione delle cose sue, non può far testamento, ma quello ch' egli fece innanzi che gli fosse interdetto il maneggio de' suoi beni, è valido e fermo.

III. *Item surdus et mutus non* semper *testamentum facere possunt. Utique autem de eo surdo loquimur qui omnino non exaudit, non de eo qui tarde exaudit; nam et mutus is intelligitur qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur. Saepe enim etiam litterati, et eruditi homines variis casibus et audiendi, et loquendi facultatem amittunt. Unde* nostra constitutio etiam his subvenit, *ut certis casibus, et modis secundum normam ejus possint testari, aliaque facere, quae eis permissa sunt. Sed si quis post factum testamentum adversa valetudine, aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit,* ratum *nihilominus ejus* permanet testamentum.

3. Similmente il sordo ed il muto non *sempre* possono far testamento. Noi favelliamo di quel sordo il quale non ode punto, e non di colui che ode ma tardi, e per muto intendiam colui che non può dir nulla, non colui che favella tardamente. Ma spesse volte gli uomini letterati, e dotti, per varie cagioni perdono il favellare, e l'udire, laonde *la nostra costituzione ha eziandio sovvenuto a questi tali,* che in certi casi e modi, secondo le regole che ivi si contengono, possano far testamento, ed altri atti che son loro permessi. Che se alcuno dopo fatto il testamento, comincerà ad esser sordo o muto per malattia, o per qualunque altra cagione, il suo testamento *non resta* per questo *meno valido e fermo.*

Non semper. Essi nol potevano se non per eccezione: o sia per privilegio militare, o sia per concessione dell'imperatore, che avessero individualmente ottenuta (1).

Nostra constitutio etiam his subvenit. Questa costituzione, la decima del titolo 22 del libro 6 del Codice, dà la facoltà di fare il loro testamento a tutti i sordi e muti che sono in istato di manifestar la loro volontà, o perchè non abbiano che o l'una o l'altra soltanto di queste infermità, o perchè ne siano stati colpiti per accidente; e sappiano scrivere, o per qualunque altra cagione. La fazione del testamento resta solamente proibita a coloro, che sono realmente nell'impossibilità fisica di farlo, come sarebbe a dire i sordi e muti dalla nascita.

Ratum permanet testamentum. Siccome questo paragrafo, e i due che lo precedono sono relativi ad incapacità che impediscono solamente l'esercizio, e non il diritto, sono da applicare i principî generali innanzi esposti, cioè che il testamento fatto all'epoca dell'impubertà, della pazzia, dell'interdizione non sarà mai valido, anche quando queste cagioni d'incapacità venissero a cessare, e per contrario il testamento fatto in piena capacità resterà valido, quando anche la pazzia, l'interdizione, la mutezza, e la sordità sopravvenissero di poi. Noi ne abbiamo sufficientemente spiegato il perchè.

IV. *Caecus autem non potest facere testamentum nisi per observationem, quam* lex divi Justini *patris nostri introduxit.*

4. Il cieco non può far testamento se non con quelle forme introdotte *dal divino Giustino* nostro padre.

Lex divi Justini. Questa costituzione è la ottava al titolo del Codice già citato. Nel diritto antico niuna regola impediva che il cieco facesse testamento: « *Coecus testamentum potest facere*, dice Paolo nelle sue sentenze, *quia accire (scire) potest adhibitos testes et audire sibi testimonium perhibentes* » (2). Ma il padre adottivo di Giustiniano per premunire il testamento del cieco contro ogni frode, lo sottopose ad una forma particolare: egli ricercò oltre a' sette testimoni, l'assistenza di un notaio (*tabularius*), ed in difetto, quella di un ottavo testimone, il quale nel caso di un testamento nuncupativo, dovea scrivere sotto la dettatura del cieco, e nel caso d'un testamento scritto prima, dovea egli medesimo in presenza dei testimoni dar-

(1) *D. 28. 1. 7. f. Æmil Mac.*

(2) *Paul. Sent. lib. 3. tit. 4. §. 4.*

ne lettura al cieco, affinchè potesse riconoscervi le sue volontà, e dichiararle.

V. ***Ejus qui apud hostes est testamentum quod ibi fecit*** **non valet quamvis redierit.** ***Sed quod dum in civitate fuerat fecit*****, sive redierit, valet jure postliminii, sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.**

5. Il testamento di colui, che è preso dagl' inimici, e che fu fatto tra loro, ***non vale*****,** ***quantunque sia ritornato.*** **Ma quel ch' egli avrà fatto innanzi alla cattività mentr' era nella città,** ***se è ritornato*****,** ***vale per ragione del postliminio, o se è morto tra gl'inimici, vale per la legge Cornelia.***

Per l' intelligenza di questo paragrafo convien riportarsi a quello che abbiamo detto sul *postliminium*, e sulla posizione del cittadino preso dagl'inimici (p. 148 e seg:). In reassunto noi abbiam veduto 1. che tutto ciò che appartiene all'esercizio dei diritti, tutto ciò che consiste nel fatto, o nell'azione, gli è tolto *durante la sua cattività*, e non sarà mai avuto per fermo o che ritorni, o che si muoia presso il nemico; 2. che tutto quel che consiste in diritti (*quae in jure consistunt*) trovasi non distrutto per lui, ma sospeso (*in suspenso retinentur, non abrumpuntur*), e se ritorna gli sarà acquistato, per effetto del *postliminium*, come se non fosse in potere degli inimici (*pro eo ac si nunquam iste hostium potitus fuisset*), 3. da ultimo che s'egli muore tra gl'inimici, sarà per tutti i suoi diritti reputato morto non nella schiavitù, ma nel momento che fu preso (*quasi tunc decessisse videtur cum captus est*). Applichiamo questi principii al testamento.

Non valet, quamvis redierit: Perchè si tratta d'un testamento *fatto tra gl'inimici*, cioè dell'esercizio del diritto: di un fatto, di un atto adoperato dal prigione ne' ceppi della schiavitù.

Sive redierit, valet jure postliminii. Perchè essendo fatto il testamento *innanzi alla presura*, non si tratta più dell'esercizio del diritto, ma solamente del diritto in se medesimo, il quale si trova non già distrutto, ma sospeso per la cattività, e che si reputa non essere mai stato perduto, se la condizione del ritorno si avvera.

Sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia. Secondo il rigore dei principi, il prigione morto tra gl' inimici era morto schiavo; per lui non si era verificato il *postliminium*, egli aveva patito la gran diminuzione di capo, era morto non avendo più diritto alcuno, nè per conseguente quello di lasciare un testamento valido. Tale fu il rigore del diritto fino alla legge Cornelia *de falsis*, la quale addomandasi eziandio *lex* Cornelia *testamentaria*. Questa legge, che fu pubblicata in sul finire della Repubblica (anno di R. 686), è tra il numero de' plebisciti che furon fatti sotto la dittatura di Cornelio Silla, e che presero tutti egualmente per denominazione il nome del dittatore seguito dalla indicazione del soggetto che trattavano (*Hist. du droit* n. 55.). La legge *Cornelia de falsis* introdusse una nuova questione criminale contro i reati di falso, e principalmente contro il falso in materia di testamenti, di cui essa previde i differenti casi, comunque avesse luogo per alterazione, radiazione, e supposizione di disposizioni testamentarie, rottura, o falsa apposizione di suggelli, distornamento, o soppressione dell'atto, o in qualunque altro modo. Trovasi nelle sentenze di Paolo un titolo intero consacrato a questa legge, ed un altro nel Digesto (1). Se la legge Cornelia si fosse attenuta al rigore del diritto per rispetto al testamento del cittadino morto prigione tra gl'inimici, non avrebbe riguardati come punibili gli atti commessi contro il testamanto di costui; conciosiachè esso sarebbe stato irreparabilmente nullo. Ma al contrario per una speciale disposizione applicò ad essi la medesima pena, come se il testatore non fosse mai caduto in potere del nemico, ma fosse morto cittadino (*perinde ac si hi qui ea facissent in hostium potestatem non pervenissent.* — *Atque si in civitate decessisset*); dal che seguita che l'eredità, le tutele, e tutte le altre disposizioni contenute in siffatti testamenti si trovano confermate dalla legge Cornelia: *Lex Cornelia confirmat*: tali sono le espressioni dei diversi giureconsulti pervenute in fino a noi (2). Questo principio fu esteso: così

(1) *Paul. Sent. lib. 4, tit, 7; De lege Cornelia* § *1: «Qui testamentum falsum scripserit, recitaverit, subjecerit, signaverit, suppresserit, amoverit, resignaverit, deleverit, poena legis Corneliae de falsis tenebitur, id est in insulam deportatur. Dig. 48, 10.*

(2) Così si esprime Ulpiano al *titolo 23, Reg.* § *5*, « . . . *Ex lege Cornelia quae perinde successionem ejus confirmat, atque si in civitate decessisset* ; » e nel *Digesto 28, 3, 6*, § *12* — Giuliano nel *Digesto 28. 1. 12*, e nel medesimo libro *tit. 6, f. 28.* — *Paul.* nelle sue sentenze, *lib. 3, tit. 4*, § *8*.

per via di conseguenza fu applicato alle tutele, ed alle eredità legittime (1); finalmente a tutte le parti del diritto, e ne fu fatta questa regola generale che già abbiam riferita: «*In omnibus partibus juris is qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur cum captus est*» (2). E questo i comentatori han chiamato *finzione della legge Cornelia*; ma siffatta dizione non appartiene ai giureconsulti romani; i quali dicono sempre: per la legge Cornelia, pel benefizio della legge Cornelia: *ex lege Cornelia*, *beneficio legis Corneliae*.

TITULUS XIII.

DE EXHEREDATIONE LIBERORUM.

TITOLO XIII.

DELLA DISEREDAZIONE DE' DISCENDENTI

Il diritto primitivo non imponeva alcuna restrizione al capo di famiglia per la disposizione testamentaria de' suoi beni. Quelle frasi delle Dodici Tavole: « *Uti legassit suae rei*, *ita jus esto*, ci dice Pomponio, pare che attribuiscano il più ampio potere nell'istituzione degli eredi, nella concessione dei legati, delle libertà, e nel conferimento delle tutele; ma ciò fu ristretto sì per la interpetrazione, e sì per l'autorità delle leggi, e di coloro che stabiliscono il diritto (3) cioè dei pretori, e degl'imperadori.

In fatti la giurisprudenza considerò che le persone sottoposte alla potestà, o sotto la mano del capo di famiglia, facendo in certo modo con lui un solo e medesimo essere collettivo, quanto alla proprietà, e dopo la sua morte raccogliendo questa proprietà come se succedessero a se medesime, come se fossero eredi di se stesse, tanto che eran chiamate *heredes sui*, bisognava, per escluderle da questa propria successione, che tale intenzione fosse almeno formalmente dichiarata. Dal che venne la necessità imposta al capo di famiglia di istituire siffatte persone, o di diseredarle.

Del rimanente siccome il capo di famiglia restò interamente libero di far l'una cosa o l'altra, purchè il dichiarasse; siffatta condizione gli fu imposta meno per incatenare la sua volontà, che per renderla certa, ed assicurarne l'esecuzione: affinchè non vi fosse da dubitare se egli avesse voluto realmente escluderle, ovvero se solamente per oblio, o per non sapere ch'elle esistessero, non vi avesse avuto considerazione.

Non si conosce con precisione l'origine di questo nuovo diritto, ma esso era già in uso al tempo di Cicerone, il quale nel suo trattato dell'oratore ne fa menzione (4).

Si poteva diseredare in due maniere, o *nominatamente*, cioè indicando colui che s'intendeva diseredare, pel suo nome, *Titius filius meus exheres esto*, o almeno per un'indicazione precisa individuale, come se, avendo un solo figliuolo, si fosse detto: *filius meus exheres esto*, il che i romani appellavano *nominatim exheredare*; ovvero si faceva collettivamente, cioè comprendendo tutte le persone in una diseredazione generale, come: *ceteri exheredes sunto*; il che dicevasi *inter ceteros exheredare*. Alcune persone non potevano esser validamente diseredate, che nominatamente, altre poi anche in massa, *inter caeteros*.

D'altra parte se i figliuoli non erano nè istituiti, nè diseredati, benchè vi fosse stato a lor favore qualche legato, o fedecommesso, non per questo meno si reputavano trasandati; perciocchè rispetto all'eredità eravi per loro effettualmente omissione.

Una cosa ben importante a notare è che per esservi luogo a diseredare alcuno (*exheredem scribere*, *exheredare*), cioè per escluderlo dall'eredità (*ex hereditate repellere*) bisognava che vi fosse chiamato dalla legge. La quistione adunque di sapere quali eran coloro, che il capo di famiglia dovea necessariamente diseredare, quando non li volesse per suoi eredi, riducesi a sapere da prima chi eran coloro che eran chiamati alla sua eredità, e di poi quali erano gli eredi *suoi*; perciocchè l'obbligazione esisteva rispetto a costoro solamente. Sicchè la necessità del diseredare intimamente si lega al diritto di successione *ab intestato* degli eredi *suoi*; l'una cosa ha seguito le vicende dell'altra. Or siccome a riguardo delle successioni *ab intestato* in generale, e della classe degli eredi *suoi* in particolare noi ve-

(1) «... *Beneficio legis Corneliae, qua lege etiam legitimae tutelae hereditatesque firmantur.*» Paul. Sent. 3. 4. §. 8.

(2) *D. 49. 15. 18. f. Ulp.*

(3) *D. 50, 16, 120. f. Pomp.*

(4) *Cic. de Orat. 1. 38.* — *Valer. Max. lib. 7. cap. 7. ex. 1.*

dremo che sono da distinguere accuratamente tre ordini di sistemi: il diritto civile primitivo, il diritto pretorio, ed infine il diritto introdotto dagl'imperadori, così parimenti relativamente al diseredare sono da fare cosiffatte tre distinzioni. Questo è presso a poco l'ordine seguito dalle Istituzioni nello esporne le regole, copiando quasi parola a parola le Istituta di Gaio in questa materia.

Non tamen ut omnino valeat testamentum sufficit haec observatio, quam supra exposuimus, sed qui filium in potestate habet *curare debet ut eum heredem instituat, vel exheredem nominatim faciat. Alioquin si eum silentio praeterierit inutiliter testabitur : adeo quidem ut et si vivo patre alius mortuus sit, nemo ex eo testamento heres existere possit, quia scilicet* ab initio non constiterit *testamentum. Sed non ita* de filiabus vel aliis per virilem sexum descendentibus *utriusque sexus antiquitate fuerat observatum : sed si non fuerant scripti heredes, scriptaeve, vel exheredati, exheredataeve, testamentum quidem non infirmabatur, sed* jus adcrescendi *eis praestabatur ad certam portionem. Sed nec nominatim eas personas exheredare parentibus necesse erat, sed licebat inter caeteros facere. Nominatim autem quis exheredari videtur sive ita exerhedetur: Titius meus exheres esto ;sive ita:Filius meus exheres esto, non adjecto proprio nomine, scilicet si alius filius non extet.*

Non basta però l'osservanza delle esposte regole a far sì che il testamento vaglia; poichè colui che ha *un figliuolo in sua potestà* debbe aver cura di istituirlo erede, ovvero nominatamente diseredarlo; altrimente, non facendosi menzione alcuna di lui, il testamento sarà vano, in tanto che se il figliuolo sarà morto, vivendo il padre, niuno sarà erede per quel testamento; perciocchè *da principio non è stato valido.* Ma non è stato osservato così dagli antichi *nel caso delle figliuole e degli altri discendenti per linea maschile* dell'uno e dell'altro sesso, perchè non essendo scritti, o scritte eredi, ovvero diseredati o diseredate, il testamento per questo non s'indeboliva, ma si dava loro il *diritto d'accrescere* fino ad una certa porzione. E non era eziandio necessario ai padri di nominatamente diseredare quelle persone, ma era lecito farlo in fra gli altri. Si disereda poi nominatamente in questo modo : TIZIO MIO FIGLIUOLO SIA DISEREDATO, o semplicemente : IL MIO FIGLIUOLO SIA DISEREDATO, non vi aggiungendo il nome, quando però non vi sia altro figliuolo.

Filium in potestate. Il diritto civile quì non considera che i figliuoli sottoposti alla potestà del capo, o la moglie posta sotto la sua mano (*in manu*); solo costoro sono parti nella comproprietà di famiglia, e per conseguenza *sui heredes.*

Risulta dal testo, che i figliuoli debbono esser *nominatamente* diseredati, e che se non sono nè istituiti eredi, nè diseredati, il testamento è da principio radicalmente nullo.

Ab initio non constiterit. Questo era un punto controvertito tra le due sette di giureconsulti. « I nostri maestri, dice Gaio parlando de'Sabiniani, pensano che l'istituzione sia nulla fin dal principio, ma gli autori dell'opposta scuola (*i Proculejani*) pensano che, se il figliuolo innanzi la morte del padre non sia più nella famiglia (*interceptus est*), siccome egli non fa più ostacolo, l'eredità si possa acquistare in forza del testamento(1). « L'opinione contraria prevalse, e questa è quella che Ulpiano, Paolo, ed infine le Istituzioni di Giustiniano han seguita senza muovere più dubbio (2).

De filiabus vel aliis per virilem sexum descendentibus. Rispetto alle figliuole, a' nipoti, od altri discendenti, il legame della potestà paterna erasi tenuto sempre come meno importante, meno forte che a riguardo de' figliuoli. Per questa ragione una sola mancipazione bastava nel primo caso per distruggerlo, mentre che pel figliuolo se ne richiedevano tre. Noi troviamo all'occasione del diseredare una differenza fondata sulla medesima idea. Così: 1. le figliuole, i nipoti, le nipoti, ed altri discendenti possono esser diseredati *inter caeteros* per la formola generale *et caeteri exheredes sunto*, nella quale si trovano tutti compresi; 2. se questi sono stati omessi, non però sarà nullo il testamento, ma solo le figliuole e i discendenti omessi verranno in concorso con gli eredi istituiti a prendere una determinata parte nella successione.

Per virilem sexum descendentibus, dice il nostro testo, perchè solo costoro son della famiglia, *sui heredes*; i figli delle figliuole, ed altri discendenti per via di donne non ne fanno parte, siccome abbiamo innanzi spiegato in esponendo la composizione delle famiglie; aggiugniamo eziandio all'occasione de'nipoti, ed altri discendenti, che la necessità d'istituirli o diseredarli si applica solamente a coloro che si trovano sotto l'immediato potere del

(1) *Gai. 2, §. 123.*

(2) *Ulp. Reg. 22, 16. — D. 28, 7, f. Paul.* — Nondimeno Papiniano in un certo caso decide, che malgrado la sottigliezza del diritto *(licet subtilitas juris refragari videtur)*, se il figliuolo omesso si astiene dall'eredità che *si è devoluta a' suoi fratelli*, la volontà del testatore *a riguardo de' legati e delle libertà* sarà protetta per equità *(ex aequo et bono). D. 28, 3, 17.*

testatore, loro avolo; perciocchè se essi son preceduti dal padre loro, questi è l'*erede suo* che debb'esser istituito, o diseredato, e non essi.

Jus adcrescendi ad certam portionem. In caso di omissione, essi vengono ad unirsi agli eredi istituiti nel testamento, ed a prendere in concorso con costoro una parte, la quale varia secondo che questi eredi sono *eredi suoi* ovvero estranei. Nel primo caso le figliuole o i discendenti omessi prendono una parte virile una parte d' erede: essi contano per un erede di più; nel secondo caso prendono la metà: « *Scriptis heredibus adcrescunt*, dice Ulpiano, *suis quidem heredibus, in partem virilem, extraneis autem in partem dimidiam* » (1).

I. Postumi *quoque liberi, vel heredes institui debent, vel exheredari.* Et in eo par omnium conditio est, *quod et filio postumo, et quolibet ex ceteris liberis sive masculini sexus, sive feminini praeterito, valet quidem testamentum, sed postea agnatione postumi, sive postumae rumpitur, et ea ratione totum infirmatur. Ideoque si mulier, ex qua postumos, aut postuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam. Sed feminini quidem sexus postumae vel nominatim vel inter caeteros exheredari solebant, dum tamen inter caeteros si exheredentur, aliquid eis legetur*, ne videantur praeteritae esse per oblivionem. *Masculos vero postumos, idest filium, et deinceps placuit non recte exheredari*, nisi nominatim exheredentur *hoc scilicet modo*: QUICUMQUE MIHI GENITUS FUERIT, EXHERES ESTO.

1. Parimente i discendenti *postumi* debbono essere istituiti eredi, o diseredati e *la loro condizione è uguale* perciocchè omesso il figliuolo, o figliuola, o nipote postumo, il testamento vale per l'erede, ma come è nato il postumo o la postuma, il testamento si rompe, e non vale. Laonde se la donna, dalla quale si sperava che dovesse nascer figliuolo o figliuola abortisce, non arreca impedimento alcuno agli eredi scritti, sì ch'essi non possano andar all'eredità. Ma le persone di sesso femminile si solevano diseredare nominatamente, o infra gli altri, purchè, essendo diseredate infra gli altri, fosse lasciata loro qualche cosa acciocchè non paresse che per dimenticanza fossero state lasciate indietro. Piacque poi che i postumi cioè i figliuoli, e tutti gli altri discendenti si dovessero nominatamente diseredare in questo modo: QUALUNQUE FIGLIUOLO MI SARÀ GENERATO, SIA DISEREDATO.

Postumi. In questo paragrafo si tratta de'postumi propriamente detti, di quelli che son nati dopo la morte del padre, secondo la definizione data da Ulpiano: « *Postumos autem dicimus eos duntaxat qui post mortem parentis nascuntur* » cioè in materia di testamento, di quelli che son nati dopo la morte del testatore (2).

Tutt'i postumi in generale erano incapaci d' esser istituiti eredi, o di ricevere alcun legato; perocchè riguardo al testatore morto innanzi la loro nascita, essi erano persone incerte: or *incerta persona heres institui non potest* (3).

Nondimeno poteva intervenire che il postumo, benchè incapace d'esser istituito per testamento, nascesse erede *suo* del testatore: se, a cagion d'esempio, era un figliuolo, del quale avea lasciata incinta la moglie, o un nipote che la sua nuora, già vedova alla morte di lui, avea dato alla luce dopo che egli era passato di questa vita. In questo ed altri simiglianti casi il figliuolo già conceputo, vivente il testatore, e che al momento della morte di lui, quantunque ancora nel seno della madre, trovavasi sotto l'immediata potestà di lui, nasceva di sua ragione, ed erede *suo*, come di già abbiamo particolarmente spiegato p. 156 e seguenti.

Che diveniva dunque il testamento del defunto? Il testamento si rompeva per la nascita del postumo; perciocchè sarebbe stata ingiusta cosa e contraria eziandio alla intenzione del testatore, *il conservare* un testamento, nel quale questo figliuolo non avea potuto ricever nulla, e così spogliarlo compiutamente dell'eredità paterna. Ma da un altro lato questo era un caso, nel quale il diritto di testare trovavasi inevitabilmente impedito, senza che pur fosse possibile di porvi riparo nella preveggenza della nascita che potesse sopravvenire.

Quindi fu forza permettere al testatore di regolare le sue disposizioni testamentarie comprendendovi tal postumo, che fu allora permesso d' istituire. Aquilio Gallo giureconsulto degli ultimi tempi della repubblica immaginò anche una formola, che ci è conservata nel Digesto, con l'aiuto della quale diveniva regolare la istituzione anche de'figliuoli postumi, che non si trovavano in questa condizio-

(1) *Ulp. Reg. 22, 17.* — Nel caso che vi sieno insieme degli eredi suoi, e degli estranei, si segue la medesima regola combinandola rispettivamente per ciascuno. Paolo benissimo, e brevemente ne espone le conseguenze in questo esempio: « *Filio, et extraneo aequis partibus heredibus institutis*, egli dice, *si praeterita adcrescat, tantum suo avocabit, quantum extraneo. Si vero duo sint filii instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit* ». Paul. Sent. 3, 4, bis. 8.

(2) V. quel che abbiam detto de'postumi p. *156*.

(3) *Ulp. Reg. 22, 4.*

ne, ma che potevano trovarvisi col tempo, per esempio il nipote che potesse nascere da un figliuolo ancora vivente: facendo un'istituzione condizionale pel caso che questo figliuolo conceputo, avendo innanzi alla morte del testatore perduto suo padre, dovesse nascer *sui juris e suus heres* (1). In fine si giunse a tale che la condizion comechè non espressa si avea sempre per sottintesa.

Da quel tempo si distinsero i postumi in due classe, cioè: i postumi *suoi* (*postumus suus*) quelli che debbono nascere tra gli eredi suoi del testatore, ed i postumi estranei (*postumus alienus*), tutti quei che non debbono nascere tra questi eredi, quantunque, per altro, fosser membri della famiglia: « *Est autem alienus postumus*, dice Gaio, *qui natus inter suos heredes testatori futurus non est*(2). Le disposizioni testamentarie rimasero sempre proibite dal diritto civile a riguardo de' postumi estranei; ma i postumi suoi poterono essere istituiti, e ricevere del testamento del capo di famiglia.

Come conseguenza di siffatta capacità divenne possibile, ed in pari tempo necessario il diseredarli, se non si voleva averli eredi, affinchè, nascendo in qualità di eredi suoi, non si rompesse il testamento.

In eo par omnium condictio est. Non vi ha alcuna distinzione riguardo ai postumi in quanto all' effetto della loro omissione sulla validità del testamento. Sia un figliuolo postumo, o una figliuola, un nipote o qualunque altro discendente postumo, che sia stato omesso, il testamento non è però meno valido nel principio; perciocchè al tempo della sua formazione questi postumi non esistevano, non vi era per loro diritto veruno, e per conseguenza niuna necessità attuale di diseredarli; ma per la loro nascita, o si tratti di un figliuolo, o d'una figliuola, o di qualsiasi altro, il testamento, nel quale sono stati trasandati, trovasi rotto.

Quanto al modo di diseredare, eravi una differenza tra i postumi di sesso femminile, e quei di sesso maschile: i primi potevano esser compresi nella diseredazione generale *inter ceteros*; i secondi doveano esser diseredati nominatamente.

Ne videantur praeteritae per oblivionem. Avendo detto il testatore: « *Ille mihi heres est, caeteri exheredes sunto* », le donne postume potevano trovarsi comprese in questa diseredazione collettiva; ma come provare a questo riguardo l'intenzione del testatore? come distinguere se avea pensato ad esse, preveduta la possibilità della loro nascita, e voluto diseredarle? La menzione speciale che il testatore ne avesse fatta lasciando loro collettivamente un legato, per quanto si voglia piccolo, somministrava questa pruova: potevasi dire nel testamento: « *Ille mihi heres esto, ceteri exheredes sunto: postumae vero meae, si qua nascetur, centum solidos do, lego* », ed allora non vi avea dubbio alcuno: le donne postume si trovavan compreso nella diseredazione *inter caeteros*.

Nisi nominatim exheredentur. Ma come dinotare pel loro nome postumi non ancora nati? dice Teofilo. Ciò debbesi intendere d' una indicazione nominale della classe de' postumi, e non d'una indicazione individuale: *quisquis mihi postumus natus fuerit, exheres esto*; ovvero quella che dà il testo, o semplicemente: *quicumque mihi nascetur; postumus exheres esto; venter exheres esto*, o altre somiglianti. Se non si volea diseredare che alcuni tra loro, era mestieri indicarli, per esempio, per l'indicazione della madre: *qui ex Seia nascetur*, o in qualunque altro modo (3).

II. *Postumorum autem loco sunt et hi qui in sui heredis loco succedendo, quasi agnascendo fiunt parentibus sui heredes. Ut ecce si quis filium et ex eo nepotem neptemve in potestate habeat. quia filius gradu praecedit, is solus jura sui heredis habet, quamvis nepos quoque, et neptis ex eo in eadem potestate sint. Sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate ejus, incipiunt nepos, neptisve in ejus loco succedere, et eo modo jura suorum heredum quasi agnatione nanciscuntur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum filium, vel heredem instituere, vel nominatim exheredare debet testator, ne non jure faciat testamentum, ita et nepotem neptemve ex filio necesse est ei vel heredem instituere, vel exheredare, ne forte eo vivo filio mortuo, succedendo in locum ejus nepos neptisve quasi agnatione rumpant testamentum. Idque lege* Junia Velleia *provisum est, in qua simul* exheredationis modus ad similitudinem postumorum *demonstratur.*

2. E sono eziandio in luogo di postumi coloro

(1) « Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit. *Si filius meus, vivo me, morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quae neptis, post mortem meam in decem mensibus proximis quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunto* ». (D. 28, 2, 29, pr. f. Scaev.).

(2) *G. 2, §. 241.*

(3) È bene di leggere su questo paragrafo, ed in generale su tutto questo titolo la parafrasi di Teofilo che dà delle spiegazioni molto chiare. — *Ved. anche Dig. 28. 5. 5. §. 5. f. Ulp.*

che succedendo nel luogo d'un erede suo, quasi nascendo divengono suoi eredi dell' ascendente. Come sarebbe se alcuno avesse un figliuolo, e di lui un nipote o una nipote in sua potestà, perchè il figliuolo precede di grado egli solo ha il diritto di suo erede, quantunque il nipote, e la nipote nati di lui sieno medesimamente in potestà. Ma se vivendo egli, muoia il suo figliuolo, o per qualche altra cagione esca di sotto al paterno potere, il nipote, o la nipote comincia a succedere in suo luogo, ed acquistarsi in questa maniera quasi nascendo i diritti di suo erede. Acciocchè dunque non si rompa il testamento per cosiffatto modo, siccome il testatore debb'istituir necessariamente il figliuolo, o diseredarlo nominatamente, acciocchè il testamento sia ben fatto; così gli è necessario istituire o diseredare il nipote o la nipote nati dal figliuolo, acciocchè, morto per avventura il figliuolo, essendo egli ancora vivo, il nipote o la nipote succedendo in suo luogo non rompano quasi per nascita il testamento. La qual cosa è stata provveduta dalla legge *Giulia Velleia*, nella quale è posto il modo *di siffatta diseredazione a similitudine di quella de' postumi.*

Tutto quello che sotto al precedente paragrafo abbiam detto non ha relazione che ai postumi propriamente detti, agli eredi suoi nati dopo la morte del testatore. Ma poteva incontrare che, vivente lui, dopo la formazione del suo testamento gli sopravvenissero nuovi eredi suoi, la cui agnazione, cioè aggiunzione alla famiglia venisse a rompere il testamento. Il male in tal caso non era irrimediabile: il testamento era rotto; ma siccome il testatore viveva ancora, poteva farne un altro tenendo conto del nuovo erede suo che gli era nato. Sicchè la permissione di istituire, o diseredare anticipatamente i postumi, era stata dall'uso introdotta unicamente per quelli che nascerebbero, dopo la morte del testatore, e non per quelli che nascerebbero, vivente lui, dopo la formazione del testamento. A riguardo di questi ultimi una legge posteriore e speciale, (la legge Junia velleia) fu quella che provvide che il loro nascimento non rompesse inevitabilmente il testamento (*voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum*) permettendo d'istituirli, o diseredarli. Cosicchè Ulpiano riassume in queste parole il dritto riguardo ai postumi: « *Eos qui in utero sunt si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes: si quidem post mortem nostram nascantur, ex jure civili* (cioè secondo il diritto civile risultante dall'uso, e dall' interpretrazione): *si vero viventibus nobis, ex lege Julia* » (Si dee leggere *Junia*) (1).

Lege Junia Velleia. Questa legge *Junia* (così è nomata da Gaio, e non già *Julia*) (2), fu pubblicata negli ultimi anni dell' impero di Augusto l'anno 763 della fondazione di Roma. Essa conteneva parecchi capi.

Il primo era relativo a' figliuoli non nati ancora al tempo della formazione del testamento, ma che potevano nascere dipoi suoi eredi anche vivente il testatore; essa permetteva di istituirli, o diseredarli anticipatamente, benchè questo fosse contrario alle regole del diritto comune; conciosiachè questi al tempo del testamento erano persone incerte. Una parte del testo relativo a questo capo ci è stata conservata: « *Qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit* . . . . . (probabilmente potrà istituirlo o diseredarlo) *etiamsi parente vivo nascatur* » (3).

Il secondo capo era relativo ai nipoti del testatore già nati al tempo della formazione del testamento, ma che non si trovavano allora nel numero degli eredi suoi, perchè eran preceduti dal loro padre nella famiglia, e per conseguenza nell'eredità. In questa posizione il capo di famiglia poteva per certo istituirli se voleva, giacchè erano già nati, e capaci di ricevere, ma noi abbiamo veduto al principio di questo titolo, ch'egli non doveva, anzi non poteva diseredarli, respingerli dall'eredità, essendochè non v'erano chiamati. Nondimeno poteva accadere che il padre, il quale li precedeva, si morisse, fosse emancipato, o uscisse per qualunque modo della famiglia, vivendo ancora il testatore, e così, eglino passassero nella prima linea, e divenissero in suo luogo suoi eredi, e per questa quasi agnazione, o sorta di aggiunzione rompessero il testamento, nel quale non erano stati istituiti, nè era stato lecito diseredarli. La legge Junia velleia prevedendo questo caso, permise al testatore non già d'istituirli, giacchè regolarmente potevano essere istituiti, ma di diseredarli, comechè ancora non fossero eredi suoi (*posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi*), acciocchè la loro quasi-agnazione non

---

(1) *Ulp. Reg.* 22. 19.
(2) *Gai.* 2. 134. — *D.* 28. 3. 13.
(3) *D.* 28. 2. 29. §. 12. *f. Scaev.* Il detto di Ulpiano *qui in utero sunt*, potrebbe far credere, che si trattasse di postumi già concepiti, ma questo testo di Scaevola è generale.

rompesse il testamento. Il frammento del testo che ci è stato conservato su questo secondo capo, è espresso colle seguenti parole: « *Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, liberi ejus* . . . . *in locum suorum sui heredes succedunto* » (1).

Exheredationis modus ad similitudinem postumorum demonstratur. Cioè, dice Teofilo, i discendenti maschi nominatamente, e le donne *inter caeteros*, purchè si lasci loro qualche legato, come riguardo ai postumi. Alcuni comentatori interpetrano queste parole *exheredationis modus* nel senso, che la legge *Junia Velleia* indicava la maniera di fare cotal diseredazione, *condizionalmente*, come Aquilio Gallo l'avea indicata pei postumi.

I discendenti ai quali la legge *Velleia* si riferiva, vengono dinotati col nome di *quasi postumi velleiani*.

L'agnazione di un erede suo dopo la formazione del testamento, poteva sopravvenire in più altri modi che per la nascita: per esempio nel dritto antico, se dopo il testamento una moglie (*uxor*) cadeva sotto la mano del testatore (*in manu*); se il figliuolo dato in mancipazione era francato per la prima, o per la seconda volta, e rientrava per questo modo sotto la paterna potestà; ovvero se il figliuolo prigione appresso agl'inimici, faceva ritorno; se, per la morte dell'avolo trovandosi il figliuolo capo di famiglia, i suoi figliuoli divenivano eredi suoi di lui; o in fine se il testatore adottava qualcuno posteriormente al testamento. In questi diversi casi l'agnazione posteriore rompeva il testamento, salvochè non si fosse precedentemente fatta l'istituzione di erede o la diseredazione. Non pertanto in molti di questi casi l'anticipata diseredazione non avrebbe potuto aver luogo anche dopo la legge *Junia Velleia*: tali erano i due primi; e sotto Giustiniano ancora il caso dell'adozione, come più innanzi vedremo.

III. ***Emancipatos liberos jure civili neque heredes instituere, neque exheredare necesse est***, **quia non sunt sui heredes. *Sed praetor omnes tam feminini sexus, quam masculini, si heredes non instituuntur, exheredare jubet: virilis sexus nominatim, feminini vero inter caeteros. Quod si neque heredes instituti fuerint, neque ita, ut diximus exheredati, permittit eis praetor* contra tabulas testamenti bonorum possessionem.**

3. Per diritto civile non è necessario istituire, o diseredare i discendenti emancipati, *perciocchè non sono eredi suoi*. Ma il pretore comanda che tutti, tanto maschi, quanto femmine, non volendosi istituire eredi, si diseredino, i maschi nominatamente, le femmine in fra gli altri, e non essendo istituiti eredi, nè, come abbiam detto, diseredati, il pretore permette loro *la possessione de' beni contra le tavole del testamento*.

Quia non sunt sui heredes. In fatti essendo la qualità di erede suo essenzialmente annessa all'esistenza nella famiglia sotto la potestà del capo, il discendente che n'era uscito o per emancipazione, o per altro qualsiasi modo, non era più erede suo, e secondo il principio che abbiamo stabilito, non poteva riguardo a lui aver luogo la diseredazione. Ma noi vedremo al titolo delle successioni *ab intestato*, che il pretore avendo riguardo solamente al legame naturale, e non al legame di famiglia li ristabilì nella classe di eredi suoi, e fe concorrere con questi eredi tutti i figliuoli o discendenti in prima linea del defunto, benchè avesser cessato di essere nella famiglia: dando loro non già l'eredità civile, ma un diritto ereditario pretorio, la possessione de' beni, quella che nominavasi *unde liberi*, per la quale i figliuoli eran chiamati al primo ordine degli eredi *ab intestato*.

Da quel punto sorse pel padre che faceva il testamento la necessità di istituire i suoi figliuoli, o diseredarli, cioè ributtarli da quella specie di eredità pretoria, alla quale erano chiamati.

Contra tabulas testamenti bonorum possessionem. Se questi figliuoli son trasandati, la lor omissione non costituisce, secondo il diritto civile alcuna nullità nel testamento, essendocchè, secondo il diritto civile, essi non sono eredi. Così il testamento in principio è valido, ed il pretore riconosce la sua esistenza. Ma per far rispettare il diritto di possessione dei beni ab intestato, che egli avea attribuito a' figliuoli, dà loro contro le tavole di questo testamento una nuova possessione di beni (*contra tabulas testamenti bonorum possessionem*), per la quale possano far considerar quest'atto come non avvenuto, e venir così all'eredità, come se non vi fosse testamento. Questa possessione ogni qual volta eravi stato qualche figliuolo omesso, poteva esser richiesta anche da coloro ch'erano stati istituiti.

Il pretore in questa totale rescissione del testamento per la possessione de' beni *contra tabulas* non avea fatta alcuna dif-

(1) *D. 28. 2. 29.* §§. *13. e 14. f. Scaev.*

ferenza tra i figliuoli omessi di sesso maschile, e quelli di sesso feminile. Di tal che in questo caso, e per siffatta possessione di beni le donne omesse aveano più vantaggi che non ne aveano secondo il diritto civile quelle che erano realmente *sui heredes*: dappoichè per la possessione de' beni *contra tabulas* elle faceano rimuovere interamente il testamento, mentrechè pel diritto civile non aveano che il diritto di accrescimento per una determinata parte: « Questa è la ragione perchè recentemente, dice Gaio, l'imperadore Antonino significò con suo rescritto, che le donne non otterrebbero per la possessione de' beni oltre a quello che avrebbero ottenuto pel diritto di accrescimento » (1). E questo noi già sapevamo da Teofilo.

IV. *Adoptivi liberi, quamdiu sunt in potestate patris, ejusdem juris habentur cujus sunt justis nuptiis quaesiti. Itaque heredes instituendi vel exheredandi sunt, secundum ea quae de naturalibus exposuimus. Emancipati vero a patre adoptivo neque jure civili, neque quod ad edictum praetoris attinet inter liberos connumerantur. Qua ratione accidit, ut ex diverso quod ad naturalem parentem attinet, quamdiu quidem sunt in adoptiva familia extraneorum numero habeantur, ut eos neque heredes instituere, neque exheredare necesse sit. Cum vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiunt in ea causa esse in qua futuri essent, si ab ipso naturali patre emancipati fuissent.*

4. I figliuoli adottivi fino a tanto ch' essi sono in potestà del padre adottivo, sono della medesima ragione che i figliuoli avuti da giuste nozze. Laonde si debbono istituire eredi, o diseredare secondo quel modo che abbiamo detto favellando de' figlioli naturali. Ma gli emancipati dal padre adottivo non sono annoverati tra i figliuoli, nè per diritto civile, nè per quello del pretore. Per la qual cosa avviene per il contrario che essi mentre che sono nella famiglia adottiva, si hanno rispetto al padre naturale come persone estranee, e però non è bisogno istituirli eredi, o diseredarli. Ma se saranno emancipati dal padre adottivo, allora cominciano ad essere in quella condizione, in che sarebbero quando fossero stati emancipati dal padre naturale.

Da ciò che abbiam detto sull'adozione (pag. 136 e 139.) possiamo concludere, che secondo il diritto civile il figliuolo dato in adozione non era più erede suo del suo padre naturale, giacchè era uscito di sotto al suo potere; e però questi non avea l'obbligo, anzi neppur la possibilità di diseredarlo. Ma essendo divenuto il figliuolo di famiglia, e per conseguente, l'erede suo del padre adottivo, a costui si aspettava istituirlo, o diseredarlo come ogni altro figliuolo sottosposto alla sua potestà.

Se l'adozione era distrutta, ed il figliuolo uscito della famiglia adottiva per l'emancipazione, allora questi secondo il diritto civile non avea più ragione alcuna in veruna famiglia; non nella famiglia naturale, giacchè erane uscito per effetto dell'adozione, non nella famiglia adottiva, giacchè per l'emancipazione vi era divenuto estraneo. Ma il pretore veniva in suo soccorso. Egli avendo riguardo al legame naturale, gli avea data la possessione de' beni *unde liberi* tra i figliuoli, non già nella successione del padre adottivo, col quale non rimaneva più alcuna sorta di legame, ma in quella del suo padre naturale, se però questi era ancor vivo al tempo dell'emancipazione. Dal che nasceva che il padre naturale, allorchè faceva testamento, avea l'obbligo d' istituire, o diseredare questo figliuolo; perciocchè in caso di omissione, il pretore avrebbegli data la possessione di beni *contra tabulas*, non altrimenti che la dava ai semplici emancipati.

V. *Sed haec quidem vetustas introducebat. Nostra vero constitutio nihil inter masculos, et feminas in hoc jure interesse existimans, quia utraque persona in hominum procreatione similiter naturae officio fungitur, et lege antiqua duodecim Tabularum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur, quod et praetores postea secuti esse videntur; ideo simplex ac simile jus in filiis, et in filiabus, et in ceteris descendentium per virilem sexum personis, non solum jam natis, sed etiam postumis introduxit; ut omnes, sive sui, sive emancipati sint, vel heredes instituantur, vel nominatim exheredentur,* et eumdem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda, *et hereditatem auferendam, quem filii sui, vel emancipati habent, sive jam nati sint, sive adhuc in utero constituti postea nati sint. Circa adoptivos autem filios* certam induximus divisionem *quae in nostra constitutione, quam super adoptivis tulimus, continetur.*

5. Ma le sopraddette cose erano introdotte dall'antichità. Ora giudicando noi che in questo caso non vi sia differenza tra i maschi e le femine, perciocchè l'una e l'altra qualità di persone concorrono ugualmente secondo la loro natura alla procreazione de' figliuoli, e d' altra parte per la legge antica delle XII Tavole eran tutti similmente chiamati alla successione ab intestato, il che poi è stato da' Pretori osservato; per tutto questo con la nostra costituzione abbiamo introdotto un semplice, e somigliante diritto ne' figliuoli, nelle figliuole, ed in tutti gli altri discendenti per sesso maschile non

---

(1) *Gai.* 2, §§. *125*, e *126*. Antonino il Pio, o probabilmente Marco Aurelio.

solamente nati, ma eziandio postumi, cioè che tutti, o suoi, o emancipati che siano si abbiano ad istituir nominatamente eredi, ovvero a diseredar nominatamente, e che essi *abbiano il medesimo effetto quanto all'infermare i testamenti de' padri* ed al prender l' eredità, che hanno i figliuoli suoi o gli emancipati che siano già nati, o che essendo ancora nel ventre, sian nati dipoi. E quanto a' figliuoli adottivi abbiamo introdotto una certa divisione, la qual si contiene nella nostra costituzione che abbiamo fatta sopra gli adottivi.

Eumdem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda. Tuttavia con questa differenza che viene dalla natura stessa delle cose, che nel caso di omissione de' figliuoli esistenti, ed aventi diritto di eredità al momento della formazione del testamento, il testamento è nullo dal principio, ma nel caso di omissione de' postumi, o coloro che ad essi sono assomigliati, il testamento valido nel principio è solamente rotto per la loro agnazione, o quasi-agnazione. Sicchè ne' due casi l'effetto è il medesimo in questo senso, che il testamento perde la sua forza per intero, qualunque sia il figliuolo trasandato; ma nel primo vi ha nullità fin dal principio, nel secondo, annullamento susseguente.

Certam induximus divisionem. Si tratta della distinzione tra i due casi d' adozione: 1° quello in cui un figliuolo è dato in adozione ad un estraneo (*extraneo*); e per estraneo intendesi ognuno che non è ascendente; 2° quello in cui è dato ad un ascendente. Noi sappiamo che, nel primo caso, l'adottato resta sempre sotto la potestà, ed è per conseguenza erede suo del suo padre naturale; questi dunque è obbligato d'istituirlo, o diseredarlo.

Quanto al padre adottivo, sappiamo che il figliuolo non acquista sulla sua eredità che de' diritti *ab intestato*, pel caso che non vi sia testamento, ma se ve ne sia stato uno, egli vi può essere impunemente lasciato addietro. Il padre adottivo non è obbligato nè d' istituirlo, nè di diseredarlo. Il diritto antico adunque è tutto mutato.

Ma nel secondo caso, cioè quando si tratta di adozione fatta da un ascendente, il diritto antico è conservato qual era, ed allora bisogna applicare ciò che si è detto de' figliuoli adottivi nel precedente paragrafo.

Riassumendo, secondo il diritto nuovo di Giustiniano, le differenze che erano tra il figliuolo da un lato, e le figliuole e nipoti dall'altro; e, riguardo ai postumi, tra quelli di sesso maschile, e quelli di sesso feminile, sono abolite tanto sotto il rispetto del modo, che sotto il rispetto degli effetti della diseredazione.

Sotto il rispetto del modo: la diseredazione debb' esser fatta nominatamente o sia che si tratti d' un figliuolo, o d'una figliuola o d' un nipote, d'un postumo di sesso maschile, o di sesso feminile. Ben inteso che la diseredazione de' postumi *nominatamente* fatta debb'intendersi nel senso che abbiamo qui sopra spiegato pagina 361.

Sotto il rispetto degli effetti: l' omissione trae sempre la nullità intera del testamento; quella delle figliuole, o de' nipoti egualmente che quella del figliuolo; quella de' postumi di sesso feminile, egualmente che quella de' postumi maschi. Con questa differenza però che in quest' ultimo caso il testamente non è nullo fin dal principio, ma solamente si rompe per la nascita del postumo.

Il diritto pretorio riguardo a' figliuoli emancipati trovasi confermato. Giustiniano pe' diritti di eredità de' figliuoli, e per conseguente per la necessità della loro diseredazione ha solo riguardo al legame naturale, non già al legame di potestà. In quanto a' figliuoli adottivi egli introduce un diritto nuovo, che noi abbiamo già esposto al titolo dell' adozione p. 139.

VI. *Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, et liberos suos jam natos, vel postumos nominatim non exhaeredaverit, sed praeterierit, non ignorans an habeat liberos, silentium ejus pro exheredatione nominatim facta valere constitutionibus principum cautum est.*

6. Ma se il soldato occupato in una spedizione di guerra farà testamento, e non diserederà i suoi discendenti già nati, o i postumi nominatamente, ma li passerà sotto silenzio sapendo bene ch' egli ha discendenti, si è ordinato per costituzioni dei principi che cotal silenzio si abbia come se egli li avesse nominatamente diseredati.

Il testamento militare non è, propriamente parlando, dispensato dalle regole relative alla diseredazione de' figliuoli, ma solamente dalle forme di cosiffatta diseredazione. Così il soldato non è obbligato di dichiarare nominatamente la sua intenzione, e neppure espressamente; basta che risulti dall' atto, o che si tratti di figliuoli già nati, o di postumi: « *Et si ignoraverit praegnantem uxorem... hoc tamen animo fuit, ut vellet quisquis sibi nasceretur exheredem esse.* » Essa può anche risultare dal suo solo silenzio, se si provi ch' egli conosceva l' esistenza de' fi-

gliuoli, o la gravidanza della moglie. Quì dunque, come in tutto ciò che risguarda i testamenti militari, la cosa riducesi a quistione d'intenzione (1).

VII. ***Mater, vel avus maternus necesse non habent liberos suos, aut heredes instituere aut exheredare; sed possunt eos omittere. Nam silentium matris, aut avi materni caeterorumque per matrem ascendentium, tantum facit, quantum exheredatio patris. Nec enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem, neptemve ex filia, si eum eamve heredem non instituat, exheredare necesse est; sive de jure civili quaeramus, sive de edicto praetoris, quo praeteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem permittit: sed*** **aliud eis adminiculum** ***servatur, quod paulo post vobis manifestum fiet.***

7. Alla madre, ovvero all' avolo materno non è necessario istituir eredi i loro discendenti o diseredarli, ma si possono lasciar addietro senza farne menzione; perciocchè il silenzio della madre o dell' avolo materno e di tutti gli altri ascendenti per via della madre opera il medesimo che la diseredazione del padre. Perocchè la diseredazione non è necessaria nè alla madre che non istituisce erede il figliuolo, o la figliuola, nè all' avolo paterno che non istituisce il nipote, o la nipote nati dalla sua figliuola, tanto se secondo il diritto civile, quanto se per l'editto del pretore si voglia esaminar la cosa, pel quale editto il pretore permette il possesso de' beni a' discendenti omessi, contra le tavole del testamento. Ma si appresta a questi figliuoli un altro aiuto, il quale fra poco si dirà.

L'origine del diritto di diseredazione fondato sull'esistenza d'una comproprietà di famiglia, e sulla qualità di erede suo, avea dovuto per se medesima render cosiffatto diritto interamente estraneo a tutto ciò che riguardava le successioni della madre, e degli ascendenti materni, nelle quali i discendenti non aveano alcuna comproprietà di famiglia: ed in fatti esso non fu esteso a cotali successioni nè per l' interpetrazione, nè pel diritto pretorio, nè pel diritto imperiale, benchè i discendenti vi avessero gradatamente ottenuto vari diritti di eredità *ab intestato*.

Aliud adminiculum. Questo aiuto è quello che trovasi esposto quì appresso al titolo XVIII, e si dà a' discendenti contro i testamenti ne'quali sono stati ingiustamente diseredati dagli ascendenti materni.

TITULUS XIV. DE HEREDIBUS INSTITUENDIS.

TITOLO XIV. DELLA ISTITUZIONE DI EREDI.

Dopo aver ragionato delle forme del testamento, del testatore, e delle persone diseredate, siamo giunti a ciò che riguarda gli eredi, e primieramente la loro istituzione.

Su questo soggetto avremo ad esaminare: 1. che cosa è l'istituzione, e come debb'esser fatta; 2. quali son coloro che possono essere istituiti; 3. come l'eredità può esser divisa tra loro; 4. quali sono i modi e le condizioni, che il testatore può o non può imporre all' istituzione. Con quest' ordine procedono i paragrafi di questo titolo.

1. CHE COSA È L' ISTITUZIONE, E COME DEBBA ESSER FATTA.

L' istituzione è l' indicazione di colui, o di coloro, che il testatore vuol per eredi. Essa è ciò che la legge delle XII tavole, ed il linguaggio del dritto primitivo intendevano per la frase generale *legare*, cioè, *legem testamenti dicere*; ma col tempo la parola *legare* prese una significazione più ristretta, ed allora la scelta dell' erede fu per contrapposto indicata dalle parole *heredem instituere*, *heredem scribere*, o altre somiglianti.

L' istituzione d' erede è come il capo, ed il fondamento di tutto il testamento (*veluti caput et fundamentum totius testamenti*); da essa riceve il testamento la sua esistenza e la forza (*testamenta vim ex institutione heredis accipiunt*). In fatti è mestieri che vi sia un continuatore della persona giuridica, prima che gli si possa comandare di far qualche cosa. L' istituzione è quella che distingue il testamento da tutti gli altri atti di ultima volontà: da che vi è un' istituzione l'atto è un testamento, e debb' esser rivestito di tutte le debite forme. Se non vi è istituzione, l'atto non è un testamento. Tutte le altre disposizioni di ultima volontà non sono che accessorii dell' istituzione, perchè esse altro non sono che leggi imposte all'erede. Di tal che se cade l'istituzione, per modo che o per rifiuto di accettare, o per qualunque altra cagione non vi sia alcun erede per virtù del testamento, tutte le altre disposizioni che vi erano contenute, cadono egualmente.

E però secondo il dritto romano l'istituzione dovea esser posta nel principio del testamento (*caput testamenti*); ogni disposizione di legato, di manomissione, od altro, messa innanzi all'istituzione era come non avvenuta. Non si era ammessa

(1) *D. 29, 1, 7, f. Ulp. — 33, § 2, f. Tertull. 36, Paul. f. §. 2.*

eccezione che per la sola diseredazione, la quale naturalmente poteva precedere l'istituzione, per prepararle in certo modo il posto (1), e per benigna interpetrazione, anche per le tutele (v. p. 158.). Siffatta necessità inevitabile risultamento della natura stessa delle cose al tempo dell'antico testamento fatto ne'comizii, o per la emancipazione, parve di poi una sottigliezza, e Giustiniano la tolse via: purchè v' abbia l'istituzione di erede nel testamento, ciò basta, ed a nulla monta in qual parte del testamento essa si ritrovi (2).

L' istituzione non poteva anticamente esser fatta che con parole solenni ed imperative, secondo lo stile della legge (*legis modo*; *legare*, secondo le XII, Tavole) « *Ante omnia requirendum est*, dice Gaio, *an institutio heredis solemni more facta sit*; » ed aggiugne che l'istituzione solenne è questa: TITIUS HERES ESTO. Non pertanto, secondo il medesimo giureconsulto, e secondo Ulpiano, al tempo loro si erano di già approvate e ricevute queste altre maniere d'istituzione: TITIUS HERES SIT: TITIUM HEREDEM ESSE JUBEO; ma queste TITIUM HEREDEM ESSE VOLO; HEREDEM INSTITUO; HEREDEM FACIO, erano generalmente riprovate (3). Costantino II, anno 339 di G. C. tolse via la necessità di cosiffatte istituzioni solenni, e da allora bastò che l' intenzione d' istituire erede fosse ben espressa, poco importando di quali parole si fosse usato (4).

2° QUALI SON COLORO CHE POSSONO ESSERE ISTITUITI.

Quelli, risponde Ulpiano, che hanno la fazione del testamento col testatore (*qui testamenti factionem cum testatore habent*). Si tratta della fazione di testamento presa nel secondo senso, per rispetto alla capacità d'essere erede e di ricevere per testamento.

I *peregrini*, i deportati, i deditizii non godevano del diritto civile, e però aveano questa fazione di testamento; neppure i Latini Giuniani, salvo che non divenissero cittadini prima di andare all'eredità.

Tra i romani le donne per la legge VOCONIA, sotto la repubblica (anno 585 di Roma), erano state colpite d'una incapacità di ricevere per testamento, della quale non conosciamo bene l'estensione (5); i celibi (*coelibes*) per la legge JULIA, e le persone senza figliuoli (*orbi*) per la legge PAPIA POPPEA sotto Augusto (6).

Non era lecito istituir persone incerte; per esempio: il primo che verrà alle mie esequie. Si reputavano tali, e non potevano per conseguenza essere istituite le municipalità e i loro collegi, alle quali non pertanto i senato-consulti avean permesso di poter essere istituite da' loro servi francati; gl'Iddii (il che si debbe intendere de' templi) ad eccezione di quelli che i senato-consulti, o le costituzioni imperiali permettevano di prender per eredi: tali erano Giove Tarpeio, Apollo di Didima, Marte nella Gallia, ed alcuni altri annoverati da Ulpiano (7); postumi, e generalmente le persone non ancora nate al tempo del testamento. Noi abbiam veduto come fecesi eccezione alla regola in favore de' postumi suoi, per modo ch' essa non si applicò più che ai postumi estranei (8).

Sotto Giustiniano tutte cosiffatte distinzioni son cessate: non accade più di far questione nè di deditizî, nè di Latini Giuniani, nè di *coelibes*, nè di *orbi*, nè di Giove Tarpeio, nè degli altri Dei del paganesimo. La capacità di ricevere è renduta alle donne. Giustiniano permette anche d'istituire le persone incerte, purchè sieno state sufficientemente presenti al pensiero del testatore, siccome più appresso spiegheremo tit. 20 §. 25. E però le municipalità, i loro collegi, e le altre corporazioni legalmente stabilite possono esser istituite eredi, siccome pure tutti i postumi senza distinzione.

Ma vi ha delle altre cause d' incapacità di ricevere per testamento. Così oltre ai *peregrini*, ed ai deportati, sono eziandio al tutto privi della fazione di testamento i figliuoli de' condannati per crimenlese

---

(1) *D. 28, 5, 1, pr. f. Ulp.* — Vedine un'altro esempio in *Gaio 2, 186*.

(2) *Gai. 2. 229. Inst. 2, 20, 34.*

(3) *Gai, 2, 116 e 117. — Ulp. Reg.*

(4) *C. 6, 23, 15, c. Constant.* — V. ciò che ne abbiam detto *Histoire du droit n. 78*.

(5) *Gai. 2, § 274. Paul. Sent. 4, 8, 22.*—Ved. su questa legge la memoria letta all' Istituto dal nostro collega ed amico sig. Giraud.

(6) Noi abbiamo sufficientemente parlato di queste leggi nell'*Histoire du droit* num. 68.

(7) « ... *Sicuti Jovem Tarpeium, Apollinem Dydimaeum, sicuti Martem in Gallia, Minervam Iliensem, Herculem Gaditanum, Dianam Ephesiam, Matrem Deorum Sipelensim quae Smyrnae colitur, et coelestem Salinensem Carthaginis* ». *Ulp. Reg. 22. 6.*

(8) Ved. su tutti questi particolari. *Ulp, Reg. 22, 1, e seg.*— *G. 2, 285, e seg.*

(*filii perduellium*) (1), gli apostati, e gli eretici (2).

Da un altro lato son colpiti d'incapacità relativa i figliuoli incestuosi, ed i loro padri o madri, i quali non possono rispettivamente instituirsi eredi (3); e d' una incapacità nel tempo medesimo relativa e parziale il secondo sposo in caso di seconde nozze, quando vi son figli del primo letto (4), e i figli naturali quando vi son figliuoli legittimi (5). Tranne questi diversi casi, si può dire che tutti i romani, ed i loro schiavi per essi hanno la fazione del testamento.

Heredes instituere permissum est tam liberos homines, quam servos, et tam proprios, quam alienos. *Proprios autem servos, olim quidem secundum plurium sententias* non aliter quam cum libertate *recte instituere licebat. Hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione heredes eos instituere permissum est. Quod non per innovationem introduximus, sed quoniam aequius erat, et Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Massurium Sabinum, quam ad Plautium scripsit, refert.* Proprius autem servus *etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum habente. Est autem casus, in quo nec cum libertate utiliter servus a domina heres instituitur, ut constitutione divorum Severi, et Antonini cavetur, cujus verba haec sunt.* « Servum adulterio maculatum *non jure testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri, quae rea fuerat ejusdem criminis postulata, rationis est. Quare sequitur ut in eumdem a domina collata heredis institutio nullius momenti habeatur* ». Alienus servus etiam is intelligitur, *in quo usumfructum testator habet.*

Egli è permesso che si possano istituire heredi tanto gli uomini liberi, quanto gli schiavi, e tanto i *propri schiavi, quanto gli altrui.* E ne' tempi andati non era lecito istituire eredi i nostri schiavi, secondo il parere di più giureconsulti, *se non con la libertà.* Ma oggi è permesso, per nostra costituzione, d' istituirli eredi eziandio senza far menzione alcuna di libertà. La qual cosa non abbiamo introdotta per amor di novità, ma perchè era giusta, e Paolo riferisce ne' libri ch'egli scrisse a Massurio Sabino, ed in quegli altri che mandò a Plauzio, che quest' opinione era piaciuta ad Atilicino. S' intende poi *per servo proprio* anche colui nel quale il testatore abbia la nuda proprietà, e un altro l'usufrutto. Ma ci è un caso, che lo schiavo non è rettamente istituito erede dalla padrona, eziandio ch'egli abbia la libertà, siccome è provveduto dalla costituzione de' divini Severo ed Antonino, le parole de' quali son queste : « Il servo accusato di adulterio non è rettamente francato nel testamento di quella donna, che è stata accusata rea del medesimo delitto, innanzi che sia pronunziata la sentenza. Laonde ne seguita, che l'istituzione dello schiavo fatta dalla padrona, non sia di alcun momento : » *Colui eziandio s' intende schiavo d'altri,* nel quale il testatore ha l'usufrutto.

Tam proprios quam alienos. Egli è da distinguer bene questi due casi: l' istituzione degli schiavi proprî del testatore, e quella degli schiavi altrui. Noi ne svolgeremo le conseguenze nel paragrafo seguente.

Ma lo schiavo in niuno di questi due casi era istituito per se stesso, in quanto egli era schiavo. Nel primo, egli era instituito con la libertà, come quegli che alla morte del testatore dovea divenir libero, nel secondo non era istituito che per conto del suo padrone, e solamente se si avea la fazione di testamento col suo padrone: « *Alienos servos heredes instituere possumus,* dice Ulpiano, *eos tamen quorum cum dominis testamenti factionem habemus* » (6). Così lo schiavo d'un *peregrinus* non avrebbe potuto essere istituito.

Non aliter, quam cum libertate. Noi abbiamo innanzi accennato la dissenzione degli antichi giureconsulti a questo riguardo, e la decisione di Giustiniano, secondo la quale, la manomissione testamentaria risulta sufficientemente e necessariamente dall'istituzione che il padrone fa del suo schiavo, senza che sia mestieri di esprimerla (p. 106).

Servum adulterio maculatum. Fino a tanto che l' accusa di adulterio portata contro una donna per complicità col suo proprio schiavo non era stata, per una sentenza di assoluzione, purgata, questa donna eziandio venendo a morte prima della sentenza (*ante sententiam*), non poteva validamente francare per testamento il suo schiavo coaccusato; perciocchè lo schiavo accusato, o testimone poteva esser messo alla tortura, or la manomissione ne lo avrebbe sottratto (7). Ella dunque non poteva neppure istituirlo erede, perciocchè lo schiavo non è validamente istituito erede dal suo padrone se non in quanto ne abbia la libertà.

Proprius autem servus etiam is intelligitur. — Alienus servus etiam is intelligitur. Questi son due casi inversi. Essendo l'usufrutto un diritto sulla cosa altrui, ne risulta che lo schiavo è, rispetto al nu-

(1) *C. 9, 8, 5,* §. *1.*
(2) *C. 1, 7, 3, — 1, 5, 4,* §. *2.*
(3) *C. 5, 5, 6.*
(4) *C. 5, 9, 6.*
(5) *G. 5, 27, 2.*
(6) *Ulp. Reg. 22. 9.*
(7) *D. 28. 5. 48.* § *2. f. Marcian.— 34. 2. 76.* §. *4. f. Papin.*

do proprietario, suo proprio schiavo, e rispetto all'usufruttuario, schiavo altrui. Dal che seguita che se questo schiavo sia istituito erede dal nudo proprietario, o dall'usufruttuario, sarà mestieri applicare, nel primo caso, le regole dell'istituzione degli schiavi proprii del testatore, e nel secondo, quelle dell'istituzione degli schiavi estranei. Nel diritto antico la manomissione fatta dal solo nudo proprietario non dava la libertà: « *A proprietatis domino manumissus liber non fit*, dice Ulpiano, *sed servus sine domino est* » (1). Giustiniano modificò questo diritto: lo schiavo divien libero e francato dal nudo proprietario; ma continua a servir di fatto all' usufruttuario sino al termine dell'usufrutto; egli acquista a se stesso; per conseguenza profitta dell'istituzione, che il testamento del nudo proprietario gli ha lasciata con la libertà (2).

1. *Servus autem a domino suo heres institutus, si* quidem in eadem causa manserit, *fit ex testamento liber, heresque necessarius.* Si vero a vivo testatore manumissus fuerit, *suo arbitrio adire hereditatem potest: quia non fit heres necessarius cum utrumque ex domini testamento non consequitur. Quod si alienatus fuerit, jussu novi domini adire hereditatem debet, et ea ratione per eum dominus fit heres. Nam ipse alienatus neque liber, neque heres esse potest, etiamsi cum libertate heres institutus fuerit;* destitisse enim a libertatis datione videtur dominus, *qui eum alienavit. Alienus quoque servus heres institutus si in eadem causa duravit, jussu ejus domini adire hereditatem debet. Si vero alienatus fuerit ab eo aut vivo testatore, aut post mortem ejus* antequam adeat, *debet jussu novi domini adire. At si manumissus est vivo testatore, vel mortuo, antequam adeat, suo arbitrio adire potest hereditatem.*

1. Lo schiavo istituito erede dal suo padrone, *se rimane nella medesima condizione* si fa libero pel testamento, ed erede necessario. Ma s'egli sarà stato francato, vivendo il testatore, può andar all'eredità a suo piacere; perciocchè egli non è erede necessario, non avendo per testamento del suo signore l'una, e l'altra cosa, cioè l'eredità e la libertà. Ma s'egli sarà alienato, debb' accettar l'eredità per comandamento del nuovo padrone, ed il suo padrone per suo mezzo diviene erede; perciocchè, essendo alienato, non può esser nè libero, nè erede, eziandio che fosse istituito erede con la libertà. In fatti il padrone alienandolo *par che si sia rimasto dal volergli dare la libertà.* Similmente l'altrui schiavo istituito erede, se rimane schiavo del medesimo padrone, dee per suo comandamento andar all'eredità; ma s' egli sarà alienato, vivendo il testatore o dopo la sua morte, *innanzi che accetti l'eredità*, debbe accettarla per comandamento del nuovo padrone. Se poi sarà stato manomesso, vivendo il testatore, o dopo la sua morte, innanzi ch'egli vada all'eredità, può andarvi, siccome libero, a suo piacere.

Prima di esaminar partitamente le disposizioni di questo paragrafo bisogna ricordarsi ciò che abbiam già detto qui sopra (p. 319) che, nel caso d' istituzione d'uno schiavo, la speranza dell'eredità sta nella persona di questo schiavo, e la segue nelle sue diverse condizioni, fino a che il dritto sia definitivamente acquistato. Di tal che se prima di cosiffatto acquisto, lo schiavo passi da padrone a padrone, l'istituzione, secondo l'energica frase di Ulpiano, cammina col dominio (*ambulat cum dominio*); se lo schiavo divien libero, essa è per lui; se egli muore, svanisce.

Ciò posto, il primo caso, di cui ci dobbiamo intrattenere col testo, è quello dello schiavo istituito dal suo padrone. A questo riguardo sono da distinguere due differenti ipotesi: 1.° se lo schiavo è restato nella medesima condizione, cioè in potere del testatore; 2.° se egli ne è uscito, o per manomissione, o per alienazione prima della morte del testatore.

Si quidem in eadem causa manserit. Fin tanto che lo schiavo resta nella medesima condizione, in potestà del testatore, egli non si trova istituito, che in quanto è fatto libero, l' eredità non può a lui pervenire se non gli pervenga nel tempo medesimo la libertà; la validità dunque della sua istituzione dipende essenzialmente da quella della manomissione espressa, o tacita che trovasi nello stesso testamento. Se dunque la manomissione è nulla o perchè fatta in frode de'creditori, o per la cagione particolare accennata nel precedente paragrafo, o per qualsivoglia altra, l'istituzione è parimente nulla; e siccome questa nullità esiste fin dal principio, così l'istituzione non produce alcun effetto, eziandio se lo schiavo mutasse posteriormente di condizione. Similmente, se la manomissione sia stata fatta sotto condizione, e questa venga a mancare, stando tuttora lo schiavo in potestà del testatore, siccome la manomissione trovasi svanita, così similmente svanirà l'istituzione, senza che possa più rivivere, anche quando la condizione dello schiavo si cangiasse da poi (3). Ma se la manomissione è valida e si mantiene, lo schiavo dalla morte del testatore, o dall'adempimento della condizione, se ve n'è alcu-

(1) *Ulp. Reg. 1. 19.* (2) *C. 7. 15. 1.*

(3) *D. 2. 5. 38. §. 3. f. Ulp.*

na non avverata al tempo della morte, diviene in un tempo medesimo e di pieno diritto libero, ed erede necessario. Si avverta bene che in questo caso non v' è mestieri di accettazione ovvero di adizione alcuna, affinchè si acquisti l'eredità, perciocchè essa si acquista incontanente, e necessariamente (p. 106).

Si vero a vivo testatore manumissus fuerit: Se lo schiavo istituito erede dal suo padrone muta condizione, ed esce dal suo potere prima della morte di lui, o per manomissione tra vivi, o per alienazione, la natura della sua istituzione trovasi mutata, e diviene in tutt' i conti da questo momento ciò che sarebbe nel caso dello schiavo altrui. Da ciò due conseguenze: 1.° l'istituzione dello schiavo non dipende più dalla sua manomissione testamentaria: da questo momento adunque poco importerebbe che questa manomissione fosse fatta nel testamento sotto condizione, e che la condizione eziandio mancasse: l'istituzione non resterebbe per questo meno valida (1); 2.° l'eredità non sarà più acquistata di pieno diritto e necessariamente alla morte del testatore, ma solamente al momento dell' adizione, e per l'effetto appunto dell'adizione, e si acquisterà al padrone dello schiavo, per comando del quale egli farà l' adizione, se l'istituito è ancora schiavo, in quel tempo, ed allo stesso istituito, se è divenuto libero.

Destitisse enim a libertatis datione videtur. Come può accadere che il mutamento di volontà indicato dall'alienazione dello schiavo sia sufficiente per rivocare la manomissione testamentaria, e non rivochi poi l'istituzione? La ragione è, che la manomissione, il dono della libertà per testamento, è una spezie di legato: or il mutamento di volontà anche tacito basta, come appresso vedremo, per rivocare i legati, ma le istituzioni non si possono rivocare che formalmente per via di un testamento posteriore.

Antequam adeat. Oltre il caso che lo schiavo sia erede suo e necessario, quello a che si dee sempre por mente, per sapere a chi si è acquistata l'eredità, è l'adizione; perciocchè per essa sola, e da questo solo momento ha luogo l'acquisto.

II. *Servus autem alienus post domini mortem recte heres instituitur, quia et* cum hereditariis servis est *testamenti factio. Nondum enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti: cum etiam ejus, qui in utero est*, servus recte heres instituitur.

2. L' altrui schiavo è rettamente istituito erede anche dopo la morte del suo padrone, perciocchè si ha fazione di testamento *con gli schiavi di una eredità*. In fatti l' eredità che non ancora si è accettata, rappresenta la persona del morto, e non quella dell' erede futuro, e così si può eziandio istituire erede lo schiavo *di colui che è ancora nel ventre*.

Cum hereditariis servis est testamenti factio: Se però si avea la fazione di testamento col defunto; perciocchè, secondo quello che abbiam detto pag. 338 fino a che l'eredità non è acquistata, essa continua, e rappresenta la persona giuridica del defunto.

Ejus qui in utero est, servus: Vale a dire lo schiavo di un'eredità, alla quale è chiamata una persona conceputa ma non ancora nata: è questo un esempio che dà il nostro testo; del resto lo schiavo non sarà istituito per conto di questo bambino conceputo, futuro erede, ma sibbene per conto del defunto, che continua ad esser rappresentato dall'eredità fino alla nascita del fanciullo, ed all'acquisto dell' eredità.

III. *Servus plurium cum quibus testamenti factio est* ab extraneo *institutus heres, unicuique dominorum cujus jussu adierit, pro portione dominii adquirit hereditatem.*

3. Lo schiavo di più padroni, coi quali si possa far testamento, istituito erede da estranea persona, acquista l' eredità a' padroni che gli avranno comandato di accettare, in proporzione de' loro diritti di proprietà su di lui.

Questa è una conseguenza del principio generale che abbiamo stabilito p. 320 sull'acquisto per mezzo degli schiavi comuni.

Ab extraneo. Ma se fosse istituito da uno de'padroni solamente, che cosa si dovrebbe decidere? È mestieri distinguere: 1.° se nel medesimo testamento questo padrone l' ha fatto libero *espressamente* ed istituito erede, la sua intenzione è stata di renderlo libero ed erede suo e necessario; e però bisogna applicare la nuova decisione di Giustiniano qui sopra esposta pag. 310 relativamente alla liberazione degli schiavi comuni. Lo schiavo sarà libero, ed erede suo e necessario del defunto, e gli altri comproprietarî saranno compensati del danno; 2.° se per con-

(1) *D. 28. 5. 38. §. 2. f. Ulp.*

trario il padrone l'ha istituito senza dargli espressamente la libertà, o senza che questa volontà possa dedursi dalle sue disposizioni, allora si può dire che egli per rispetto agli altri suoi padroni lo ha istituito come schiavo altrui, in conseguenza l'eredità si acquisterà proporzionatamente ai comproprietari, che gli comanderanno di accettarla. Del rimanente questo punto dopo la legislazione di Giustiniano pare che si riduca ad una quistione d'intenzione del testatore: ha egli voluto farlo libero, o ha voluto istituire per suo mezzo i suoi comproprietari? Si ammette la prima ipotesi.

Queste sono in reassunto le regole sulla fazione di testamento quanto alla capacità d'essere istituito. Vedremo più innanzi al §. 4. del titolo XIX. in quali epoche dee cosiffatta capacità trovarsi negli eredi.

3.° COME L'EREDITA' PUÒ ESSER DIVISA

Il principio generale che dominar deve in questa materia è, che, salvo i privilegi de'soldati, il testatore non può morire parte testato, e parte intestato. Dunque l'istituzione de'suoi eredi, o che ne nomini un solo, o che ne nomini più, dee per necessità comprendere tutta quanta l'eredità, niuna parte non può rimanerne fuori. Di tal che se il testatore, per esempio, istituendo un solo erede non l'ha istituito che per una parte della sua successione: per un terzo, un quarto, o per un oggetto determinato, per il tal podere, nondimeno l'istituzione varrà per tutta l'eredità, fatta astrazione da queste particolari indicazioni, che si terranno come non avvenute: « *Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio, detracta fundi mentione.* » (1).

IV. ***Et unum hominem et plures in infinitum, quot quis velit heredes facère, licet.***

4. Egli è lecito istituire un solo erede, e molti eziandio senza numero, quanti piacerà al testatore.

Ma tutti costoro bisogna che abbiamo tutta l'eredità, e niente altro che l'eredità, senza che alcuna parte resti vacante, e senza che nulla possa loro essere attribuito di più. Se dunque il testatore nelle istituzioni da lui fatte ha compreso meno dell'eredità, queste istituzioni debbono tutte proporzionatamente essere aumentate nel primo caso, e scemate nell'altro, per modo che tutte le loro parti comprendano l'intera eredità, e nulla più. Questo ci mena ad esaminare come si poteva a talento del testatore far questa distribuzione dell'eredità tra più istituiti. Per maggior chiarezza noi esporremo nel suo insieme tutto ciò che ha riguardo a tal materia, indipendentemente dal testo, la cui intelligenza si renderà per tal modo più facile.

Se il testatore ha istituito più eredi, dichiarando d'istituirli a parti eguali (*ex aequis partibus*), o ciò che torna lo stesso, senza far dichiarazione niuna, allora non v'è difficoltà: l'eredità sarà divisa egualmente tra loro: si faranno tante parti quanti sono gli eredi.

Ma può avvenire che il testatore non voglia trattarli egualmente. L'idea più naturale è di assegnare a ciascuno qualche parte dell'eredità: per esempio in caso d'istituzione di tre eredi, ad uno un quarto, ad un'altro una metà, ed al terzo il quarto che rimane. In questo, ed altri somiglianti esempi agevolmente si vede che un quarto, una metà, ed un altro quarto formando un'intero, il testatore ha distribuito tutta quanta l'eredità nè più nè meno. Ma s'egli avesse assegnato delle parti differenti pel loro denominatore: per esempio all'uno un terzo, all'altro un quarto, a questo un quinto, a quello due settimi, avverrebbe 1.° che di rado queste frazioni di diversa natura formerebbero per la loro unione un intero esatto, cioè l'eredità, ma per contrario quasi sempre comprenderebbero o più, o meno; 2.° che sarebbe necessaria un'operazione matematica per riconoscere se esse agguagliano l'intero, se lo eccedano, o se sieno minori, ed in questi ultimi due casi, per ridurle o aumentarle, ciascuna proporzionatamente in modo da formar tutta l'eredità, e nulla più; 3.° che il testatore medesimo non potrebbe abbastanza valutare le sue disposizioni, e troverebbesi confuso per queste diverse considerazioni a fare.

(1) *D. 28, 4, 1, §. 4, f. Ulp.* — Questo testo ha *solus institutus*, perocchè se vi erano degli altri eredi istituiti in termini generali, non essendovi più la ragion che abbiamo accennata, quelli sarebbero i soli eredi, e colui o coloro che fossero stati istituiti solamente per un fondo, o per altro oggetto determinato sarebbero semplicemente legatarii di questo fondo o di questo oggetto: la parola *istituiti*, di cui il testatore per avventura si fosse servito a loro riguardo, sarebbe in questo caso una locuzione impropria.

I romani avean trovato un sistema ingegnoso, che permetteva al testatore di assegnare quante parti ei voleva a quanti eredi gli piaceva, di aumentare, o diminuirne il numero, senza brigarsi del valore totale, il quale in diffinitivo dovea sempre ritrovarsi equivalente all' intera eredità nè più, nè meno. Questo sistema consisteva in attribuire a ciascun erede, quale che si fosse il lor numero, una quantità di parti a talento del testatore: per esempio a Tizio tre parti, a Cornelio cinque, a Stico due, a Gaio quattro (e così pel resto, o che gli eredi fussero due, o tre, o cinque, o più) senza indicare per ciascuno d' essi il valore di queste parti. Per conoscere queste parti al tempo della divisione dell' eredità bastava fare la somma delle parti distribuite nel testamento, e se ve ne avea in totalità quattordici come nel nostro esempio, o dieci o quindici o qualunque altro numero, ciascuna parte valeva allora un quattordicesimo, o qualunque altra frazione corrispondente dell'eredità, la quale per siffatto modo non potevasi trovar nè oltrepassata, nè vacante in parte.

Il testatore era perfettamente libero a questo riguardo; egli poteva distribuire due, tre, quattro, cinque parti, o più, ed il valore di ciascuna parte era sempre determinato dal loro numero totale. Nondimeno un' usanza venuta dal sistema di misure de' romani faceva comunemente distribuir dodici parti, e per conseguenza dividere l' eredità in dodicesimi. In fatti l' eredità per similitudine consideravasi come un *asse*, cioè come un intero, una unità qualunque da pesarsi e distribuirsi per peso tra gli eredi. La distribuzione delle parti tra gli eredi era, per così dire, il pesare che dovea farsi (*pondius*) dell' eredità. Or come l' unità di peso si componeva appresso i romani di dodici once, così s' immaginava che anche l' eredità, si dovesse pesare e dividere per once: a questo due, a quello quattro, cinque. ordinariamente sino alla concorrenza di dodici, e ciascun oncia (*unica*) valeva allora un dodicesimo.

Questa era un' usanza, non una legge, perciocchè dipendeva sempre dalla volontà del testatore, e dalla distribuzione fatta da lui il determinare se cinque, sette, dodici, quindici once, o altro numero vi dovesse essere nella sua eredità, e se per conseguenza ciascun' oncia dovesse valere un quinto, un settimo, un dodicesimo, un quindicesimo, o qualunque altra frazione dell' eredità.

Ma vi erano de' casi in cui la divisione comune per dodici once era necessariamente presunta, e diveniva così una divisione legale. In fatti, quando il testatore avrà assegnato a ciascuno degli eredi un numero qualunque di parti, non vi sarà difficoltà veruna, poichè il totale delle parti distribuite indicherà la divisione ereditaria che il testatore ha voluta. Ma come si avrà a decidere, se egli facendo quest' assegnazione per alcuni, avrà lasciato gli altri senza parti determinate? Per esempio Gaio, Valerio, e Sempronio sieno eredi, Gaio per tre once, e Valerio per due? Evidentemente qui non si può dire che l' eredità avrà cinque once solamente, perciocchè Gaio, e Valerio avrebbero le loro parti, ma Sempronio non ne avrebbe alcuna, e pure egli è erede. In questo caso si presumerà legalmente che il testatore abbia seguito la divisione comune, la divisione dell' *asse* ereditario per dodici once: Gaio, e Valerio prenderanno il numero di once che loro è stato assegnato, l' uno tre, e l' altro due, ed il dippiù delle dodici once, cioè nella nostra ipotesi le sette rimanenti apparterranno a Sempronio o se vi sarà più di un erede senza parte, a tutti questi eredi egualmente. Tale sarà in questo caso la distribuzione, il peso dell' eredità; ed in fatti secondo l' usanza de' romani l' intenzione del testatore non ha potuto essere altra.

Ma se la somma delle once assegnate dal testatore agguaglia, o oltrepassa di già la divisione comune dell' asse, cioè se queste once sono già dodici o più, che si dovrà fare in questo caso? Per esempio Gaio, Valerio, e Sempronio sieno eredi; Gaio per otto once, e Valerio per quattro; o pure Gaio per dieci once, e Valerio per sei. Avendo il testatore già distribuito dodici once nel primo caso, e sedici nel secondo, che cosa resterà a Sempronio? In questo caso si reputerà che il testatore in luogo di fare un sol peso dell' eredità ne abbia fatto due composti ciascuno di dodici once secondo la divisione comune; e sarà come se egli avesse da prima divisa l' eredita in due assi per pesare, e distribuire di poi successivamente ciascuno di essi per dodici once agli eredi istituiti, il che darà per tutta l' eredità ventiquattro once, e ciascuna oncia non varrà che un ventiquattresimo. Così nell' esempio citato il primo peso di dodici once essendo esaurito, o anche oltrepassato da Gaio e da Valerio, toccherà a Sempronio il secondo peso tutto intero,

o il restante del secondo peso, cioè dodici once se Gaio e Valerio ne hanno già dodici per loro, ovvero otto solamente, se ne hanno sedici. Questo i Romani appellavano doppio peso (*dupondius*).

Continuando questo sistema vi potrebbe essere eziandio per l'eredità intera un triplice peso o distribuzione (*tripondius*) ciascuna di un asse o dodici once, in tutto trentasei once, o anche un peso quadruplice, in tutto quarantotto once, e così di seguito, se accadesse che, avendo il testatore di già distribuito, o oltrepassato ventiquattro, o trentasei once, avesse tuttavia lasciato qualche erede senza parte.

In somma l'eredità si divide in tante parti eguali, quante ne ha distribuite il testatore; ma se egli ha lasciato uno o più eredi senza parti, allora solo necessariamente si reputa che abbia seguita la divisione comune, la divisione legale dell'asse in dodici once, per semplice, duplice, o triplice peso, secondo che è mestieri, per fissare la parte di quelli che non ne hanno alcuna.

V. *Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quae assis appellatione continentur. Habent autem et hae partes propria nomina ab uncia usque ad assem ut puta haec*: uncia, sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deux, as. *Non autem utique semper duodecim uncias esse oportet: nam tot unciae assem efficiunt, quot testator voluerit, et si unum tantum quis ex semisse, verbi gratia, heredem scripserit, totus as in semisse erit. Neque enim idem ex parte testatus, ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur. Et e contrario potest quis in quantascumque voluerit plurimas uncias suam hereditatem dividere.*

5. L'eredità per lo più si divide in dodici once, le quali tutte si contengono sotto questa voce asse. E tutte queste parti hanno i loro proprî nomi cominciando dall'oncia fino all'asse, cioè *uncia, sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx, as*. E l'eredità non si divide sempre in dodici once, perciocchè tante once vanno a fare un asse, quante piacerà al testatore, e se per esempio, alcuno istituirà un solo erede in sei once, tutto l'asse si viene a contenere in quelle sei once, perciocchè il testatore non debb'essere parte testato, e parte intestato, se non fosse per avventura soldato, la sola volontà del quale si ha in considerazione nel testare. E per il contrario alcuno può divider l'eredità in quante once gli pare.

Sextans, un sesto dell'asse, o due once; *quadrans* un quarto, o tre once; *triens* un terzo o quattro once; *quincunx* cinque once; *semis* la metà, o sei once; *septunx* sette once; *bes* (contrazione di *bis-triens*) due terzi, o otto once; *dodrans* (contrazione di *de* privativo, e di *quadrans*) l'asse meno un quarto, cioè tre quarti, o nove once; *dextans* (contrazione di *de* privativo, e di *sextans*) l'asse meno un sesto, cioè cinque sesti o dieci once; *deunx* (contrazione di *de* privativo, e di *uncia*) l'asse meno un oncia, cioè undici once.

VI. *Si plures instituantur, ita demum partium distributio necessaria est, si nolit testator eos ex aequis partibus heredes esse. Satis enim constat, nullis partibus nominatis*, aequis partibus *eos heredes esse. Partibus autem in quorumdam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, si quidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte heres fit: et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eamdem partem concurrent. Si vero totus as completus sit, ii qui nominatim expressas partes habent, in dimidiam partem vocantur, et ille, vel illi omnes in alteram dimidiam. Nec interest primus an medius an novissimus sine parte heres scriptus sit; ea enim pars data intelligitur, quae vacat.*

6. Se molti saranno istituiti eredi, ed il testatore voglia ch' essi sieno eredi a parti eguali, basta istituirli senza distinguer le parti. Ma non volendo che gli eredi sieno eguali, bisogna assegnar nominatamente le parti, perciocchè chiara cosa è, che non facendosi menzione delle parti, il testatore vuole che gli eredi sieno *eguali nelle parti*. Ma se ad alcuni eredi saranno assegnate le parti, e qualcuno sarà nominato senza assegnamento di parti, questi sarà erede di quella parte, la quale manca a finir l'asse. E se sono scritti più eredi senza asssegnamento di parte, tutti concorreranno in una medesima parte. Ma se tutto l'asse è compiuto, quelli ai quali son assegnate le parti son chiamati alla metà. E non importa che l'erede istituito senza assegnamento di parte sia scritto erede in principio, o nel mezzo, o nel fine, perciocchè s' intende che sia data quella parte che vaca.

Aequis ex partibus eos heredes esse. Si faranno, come abbiam detto nella p. precedente, tante parti eguali, quanti saranno gli eredi; tuttavia aggiugniamo, che se più persone sono state istituite congiuntamente, cioè insieme, per modo che non abbiano a formare per l'eredità che una sola persona collettiva, essi nella divisione si computeranno solamente per uno, e tutti prenderanno una sola parte: « *Titius heres esto*; *Sejus, et Maevius heredes sunto.* » L'opinione di Procolo è vera, dice Celso, si faranno due parti eguali dell' eredità, ed una se ne darà a Seio ed a Mevio congiuntamente (1).

(1) *D. 28. 5. 59.* §. *2. — Ivi 11. f. Javolen.*

VII. *Videamus si pars aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte sit heres institutus, quid juris sit; veluti si tres ex quartis partibus heredes scripti sunt. Et constat vacantem partem singulis tacite pro hereditaria parte accedere, et perinde haberi ac si ex tertiis partibus heredes scripti essent. Ex diverso, si plures in portionibus sint, tacite singulis decrescere: ut si, verbi gratia, quatuor ex tertiis partibus heredes scripti sint, perinde habeantur, ac si unusquisque ex quarta parte heres scriptus fuisset.*

7. Vediamo che sia di ragione se qualche parte resti vacua, essendo a ciascuno degli eredi stata assegnata la parte: come sarebbe a dire se tre fossero istituiti eredi ciascuno di una quarta parte. Egli è cosa chiara che a ciascuno degli eredi si accrescerà tanto della parte vacante, quanto corrisponde alla parte che egli ha, e si terrà come se ciascuno fosse stato istituito per una terza parte. E per il contrario, se fossero scritti più eredi, che non sono le parti assegnate, tacitamente s'intende che debba sminuirsi la parte di ciascuno: così se quattro fossero scritti eredi, ciascuno in una terza parte, sarebbe da intendere come se ciascuno fosse istituito per la quarta parte.

VIII. *Si plures unciae quam duodecim distributae sint, is qui sine parte institutus est, quod dupondio deest habebit. Idemque erit si dupondius expletus sit: quae omnes partes ad assem postea revocantur, quamvis sint plurium unciarum.*

8. E se sarà fatta la distribuzione di più di dodici once, colui che è istituito erede senza assegnamento di parte avrà quel che manca a compiere il doppio peso, cioè le 24 once, ed il medesimo sarà se queste ventiquattro once saranno parimente esaurite, le quali parti tutte si riducono di poi ad un solo asse, quantunque sieno di più once.

4.° MODI E CONDIZIONI CHE POSSONO O NON POSSONO ESSERE IMPOSTI ALL'ISTITUZIONE.

IX. *Heres et* pure, *et* sub *conditione institui potest;* ex certo tempore, aut ad certum tempus *non potest: veluti,* POST QUINQUENNIUM QUAM MORIAR, *vel* EX CALENDIS ILLIS, AD CALENDAS ILLAS HERES ESTO. *Denique diem adjectum haberi* pro supervacuo *placet; et perinde esse ac si pure heres institutus esset.*

9. L'erede può essere istituito *puramente*, e *sotto condizione*, ma non già *da un certo tempo*, nè *per un certo tempo*, come sarebbe a dire: SARAI EREDE DOPO CINQUE ANNI CH' IO SARÒ MORTO, O DALLE CALENDE, O FINO ALLE TALI CALENDE sarai erede. L'aggiunzione di tal termine si considera come superflua, e però siffatta istituzione debbe intendersi come se fosse stata fatta puramente.

Pure. In questo caso il diritto all' eredità apresi per l'erede dal giorno medesimo della morte del testatore.

Sub conditione. Quì l'istituzione dipende dall' adempimento della condizione. Se questa si è già adempiuta, vivendo il testatore, il diritto dell'erede istituito non essendo più incerto, si apre, come nel caso di una istituzione pura e semplice, dallo stesso giorno della morte. Ma se a quest' epoca la condizione non è ancor compiuta, il diritto, dell' erede rimane tuttora sospeso, e non si apre che nel giorno dell' adempimento della condizione. Così il giorno dell'adempimento della condizione, nelle istituzioni condizionali prende il posto del giorno della morte del testatore nelle istituzioni pure e semplici. E però tutte le regole, che noi applicheremo in quest'ultimo caso al giorno della morte del testatore relativamente alla capacità dell' erede, debbono per le istituzioni condizionali, essere applicate al giorno dell' adempimento della condizione; e se l'istituito muore prima di questo giorno, siccome muore prima dell' apertura del suo diritto, questo diritto, o meglio questa speranza di diritto svanisce interamente con lui, non altrimenti che se istituito puramente e semplicemente, fosse morto innanzi che il testatore morisse.

Ma quando la condizione si è adempiuta, debbesi forse dire, siccome vedremo nelle obbligazioni, che questo adempimento ha un effetto retroattivo, e che il dritto dell'erede condizionale si reputa come aperto dal giorno medesimo della morte del testatore? No, non vi ha alcun effetto retroattivo in questo senso, che l'apertura de' diritti ha luogo sempre nel tempo dell' adempimento della condizione, e non prima; e quindi le condizioni di capacità dell' erede condizionale si regolano solamente secondo quest'apertura nel tempo che abbiamo indicato; infino a questo momento non egli, ma l'eredità si reputa aver sostenuta e continuata la persona del defunto. La qual cosa però non impedirà di applicare in questo caso, come in tutti gli altri la regola generale: che, fatta l'accettazione in qualunque tempo si voglia, l'erede trovasi nella medesima posizione, che se fosse succeduto al defunto immediatamente dopo la sua morte: « *Heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur* » (1). Ma questo è un effetto dell'accettazione, non già dell'adempimento della condizione; questo effetto che più avanti avremo a spiegare parlando dell'accettazione, è generale; esso ha luo-

(1) D. 29. 2. 54. f. Florent.

go per l'erede condizionale non altrimenti che per l'erede puro e semplice, qualunque intervallo abbiano questi eredi lasciato decorrere tra l'apertura del loro diritto (verificata per l'uno dalla morte, per l'altro dall' adempimento della condizione) e l' epoca posteriore in cui han fatta l' accettazione.

Ex certo tempore aut ad certum tempus. Si domanda perchè questa differenza tra l'istituzione sotto condizione, e l'istituzione a termine ? Perchè l' una poteva aver luogo, e l'altra no? La spiegazione è facile, senza che per darla vi sia bisogno di supporre alcun effetto retroattivo nell' istituzione condizionale. L' istituzione a termine non poteva aver luogo, perchè non si poteva essere parte testato, e parte intestato. Or che sarebbe avvenuto nel caso di un'istituzione da un certo termine (*ex certo tempore*): « Tizio sia erede cinque anni dopo la mia morte, » ovvero d'un'istituzione fino ad un certo termine (*ad certum tempus*): « Tizio sia erede per cinque anni? » Nel primo caso fino a tanto che i cinque anni non fossero giunti, non vi sarebbe nè vi dovrebbe essere alcun erede testamentario: non vi è a tal riguardo alcuna incertezza che tenga in sospeso il diritto; questo è ben certo: l'eredità testamentaria non comincerà che dopo cinque anni; dunque in questo mezzo sarebbe forza deferire *ab intestato* l' eredità, alla quale niun diritto, niuna speranza di diritto non si potrebbe opporre, e quest'eredità cesserebbe quando l'altra dovrebbe cominciare. Nel secondo caso, quando l' eredità testamentaria avrà durato cinque anni, essa sarà finita, non vi sarà più nè erede, nè speranza di erede testamentario; dunque bisognerebbe anche deferire l'eredità *ab intestato*; di tal che la medesima eredità sarebbe stata per un tempo testata, e per l'altro intestata. L' erede istituito da un certo tempo, (*ex certo tempore*) non succederebbe realmente al defunto, ma sibbene agli eredi *ab intestato*, che lo precederebbero; la persona del defunto non sarebbe continuata fino a lui dall'eredità vacante, ma dagli eredi *ab intestato*; in fine non si potrebbe applicare a lui la regola generale che per la fatta accettazione egli si trova come se fosse succeduto al defunto dall' istante della sua morte; perciocchè vi sarebbero degli eredi intermedii in fino a che giunge il termine. Le medesime conseguenze si applicherebbero in senso inverso agli eredi *ab intestato* se si trattasse d'un'istituzione fino ad un certo termine (*ad certum tempus*). Da ultimo nell'uno, e nell'altro caso vi sarebbero degli eredi, che non sarebbero altrimenti eredi, che per un determinato tempo, cioè: gli eredi *ab intestato* nel primo caso, e l' erede testamentario nel secondo: violando il principio che non si può fare che chi una volta è stato erede cessi di esser tale: «*Non potest efficere;* dice Gaio, *ut qui semel heres extitit, desinat heres esse* » (1). Per tutte queste decisive ragioni, le quali si riassumono in questa regola: non si può esser parte testato, e parte intestato, l'istituzione con un termine non poteva aver luogo.

Ma nulla di tutto ciò s' incontrava nell'istituzione condizionale, perocchè eziandio che la condizione non fosse adempiuta, in fino a che poteva adempiersi, vi era speranza di un erede testamentario, e siffatta speranza bastava per escludere la successione *ab intestato*, essendochè questa non poteva aver luogo se non quando era divenuta certa la mancanza di ogni erede testamentario per l' assoluto inadempimento della condizione (2).

Le differenze e le ragioni che quì abbiamo esposte sono così esatte, che noi le troviamo formalmente prodotte in un frammento di Trifonino. I soldati potevano per privilegio morir parte testato, e parte intestato; e però potevano per testimonianza di questo giureconsulto istituire un erede a cominciare da un certo termine, o fino ad un determinato tempo. Che avverrà dunque se un soldato avrà testato in questo modo: *Titius usque ad annos decem heres esto?* Al termine de'dieci anni, dice sempre Trifonino, vi sarà luogo all'eredità *ab intestato* (*intestati causa post decem annos locum habebit*). E s' egli ha testato *ex certo tempore?* fino a che sia giunto il termine, l'eredità sarà deferita *ab intestato*: « *Consequens est ut antequam dies veniat intestati hereditas deferatur* » (3). Certamente tutto ciò non avrebbe avuto luogo, se il soldato avesse fatta una istituzione non già a termine, ma condizionale; noi dunque troviamo in ciò un esempio evidente della differenza che era tra l'istituzione a termine, e l'istituzione condizionale, e della ragione, che pe' testamenti non militari rendeva l' una impossibile, e l'altra possibile.

(1) *D. 28. 5. 88.* — Di quì è venuto quell' adagio: *Semel heres, semper heres.*

(2) *D. 29. 2. 39. f. Ulp.* — *50. 17. 89. f. Paul.*
(3) *D. 29. 1. 41. pr.*

il testo dice *ex certo tempore*: in fatti se si fosse trattato d'un termine non fissato, e determinato nel suo tempo, ma incerto sotto questo rispetto solamente, quantunque dovesse necessariamente giungere, l'istituzione fatta a cominciare da siffatto termine sarebbe stata valida. Così si poteva validamente istituir con questo termine: quando il suo tutore sarà morto; quando la tale persona sarà morta: « *Etiam cum quis moreretur heredem scribi placuit* » (1). È perchè questa differenza tra il termine certo, e l' incerto? Perchè in un testamento il termine incerto forma condizione: « *Dies incertus conditionem in testamento facit*, » dice Papiniano (2). Nondimeno non vi ha dubbio che il tutore, o altra persona indicata morranno; solo il momento della morte è incerto. Noi vedremo che nelle obbligazioni questo non formerebbe una condizione, perchè l'avvenimento non è incerto; ma perchè è altramente ne'testamenti? La ragione è che, secondo le regole particolari sull' apertura e sull' acquisto delle eredità, non basta per aprirsi il diritto all'istituzione, che il tutore o la persona indicata muoia; ma è necessario eziandio che muoia prima dell' istituito, altrimenti questi sarà morto senza aver acquistato alcun diritto. Adunque è come se il testatore avesse detto: « Tizio sarà erede, se il suo tutore, o la tale persona morrà prima di lui; » il che vuol dire che è una vera condizione. Lo stesso avviene pe'legati (3); dunque con ragione si dice: « *Dies incertus conditionem in testamento facit.* »

Pro supervacuo. Notiamo bene le conseguenze: il termine imposto illegalmente non rende nulla l'istituzione, ma si considera come non avvenuto, e l' istituzione come pura e semplice.

Lo stesso ha luogo rispetto alle condizioni, per quelle che non possono legalmente essere imposte.

X. Impossibilis conditio *in institutionibus, et legatis, nec non fideicommissis et libertatibus pro non scripto habetur.*

10. *La condizione impossibile* posta nell'istituzione degli eredi, ne' legati, ne' fedecommessi, e nelle manomissioni si ha come non iscritta.

Impossibilis conditio. Si dice che la condizione è impossibile quando l' avvenimento stesso, che la costituisce è impossibile, perchè è respinto dalla natura stessa delle cose: « *Possibilis est*, dice Paolo, *quae per rerum naturam admitti potest*; *impossibilis quae non potest* « (4); per esempio, s' egli toccherà il cielo col dito, s' egli berà tutta l' acqua del Tevere. In materia di obbligazioni una somigliante condizione avrebbe cagionato la nullità dell'obbligazione medesima, come più appresso vedremo (Inst. 3. 9. 11.); ma in materia di testamenti i giureconsulti eran divisi.

« I nostri precettori, dice Gaio parlando de' Sabiniani, pensano che il legato fatto sotto una condizione impossibile è valido, come se questa condizione non vi fosse stata apposta, ma gli autori della contraria scuola (cioè i Proculejani) pensano che il legato sia ugualmente nullo, che la stipulazione: in fatti, aggiugne il giureconsulto tuttochè Sabiniano, a grande stento si può trovare una ragione soddisfacente di siffatta differenza (5). » L'opinione de' Sabiniani ha prevaluto per tutte le disposizioni testamentarie: le condizioni impossibili si hanno come se non vi fossero scritte.

Lo stesso è delle condizioni contrarie alle leggi, o ai costumi: « *Conditiones contra leges et decreta principum, vel bonos mores adscriptae nullius sunt momenti veluti.* SI UXOREM NON DUXERIS, SI FILIOS NON SUSCEPERIS, SI HOMICIDIUM FECERIS, SI BARBARO HABITU PROCESSERIS, *et his similia* « (6). Sono da allogarsi in un ordine separato quelle che costituiscono ciò che i romani chiamavano istituzioni, o legati captatorii (*captatoriae institutiones*), cioè fatte per provocare una liberalità reciproca in pro del testatore. Per esempio: *Qua ex parte Titius me heredem instituerit, ex ea parte Maevius heres esto.* Un atto del senato comandò che somiglianti istituzioni, o legati fossero interamente nulli, e come non avvenuti, eziandio ne' testamenti de'soldati (7).

Quanto alle regole sulle condizioni in se stesse, sulle loro diverse specie, sul loro adempimento, o mancanza più avanti

(1) *C. 6. 24. 9. const. Dioclet. e Maxim.*

(2) *D. 35. 1. 75.* — Ulpiano ripete parlando dei legati: « *Dies incertus appellatur conditio* » *D. 30. De Legat. 1. 30. §. 4.*

(3) *D. 35. 1. 1. §. 2. f. Pomp. — 79. §. 1. f. Pap. — 36. 2. 4. f. Ulp.*

(4) *Paul. Sent. 3. 4. 2. 1.*

(5) *Gai. 3. 98.* « *Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest.* »

(6) *Paul. Sent. 3. 4. 2. §. 2.*

(7) *D. 34. 8. 1. f. Julian. — 30. 1. 64. f. Gai. 28. 5. 70. f. Papin., e 71. f. Paul.— Cod. 6. 21. 11. const. Dioclet.*

ne ragioneremo trattando spezialmente delle condizioni (Inst. 3. 15. 4.).

XI. *Si plures conditiones institutioni adscriptae sunt: siquidem conjunctim, ut puta:* SI ILLUD, ET ILLUD FACTA ERINT, *omnibus parendum est: si separatim, veluti* SI ILLUD AUT ILLUD FACTUM ERIT, *cuilibet obtemperare satis est.*

11. Se nell'istituzione son poste molte condizioni, quando son congiunte, come sarebbe se sarà fatta questa cosa e quest' altra, bisogna osservarle tutte, ma quando son separate, come sarebbe, se si farà questa o quell'altra cosa, basta che una sola di quelle condizioni si adempia.

XII. *Ii, quos nunquam testator vidit, heredes institui possunt, veluti si fratris filios peregrinatos ignorans qui essent heredes instituerit: ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.*

12. Possono parimente esser istituiti eredi coloro che il testatore non abbia veduti mai, come sarebbe s'egli ordinasse eredi i figliuoli del fratello, che fosser nati in paese straniero, e che a lui non fosser noti; perciocchè quest' ignoranza del testatore non opera che l'istituzione non vaglia.

DELLE SOSTITUZIONI.

Dopo le istituzioni e le condizioni, che vi possono essere apposte, seguono naturalmente le sostituzioni, le quali non son altra cosa, che istituzioni condizionali di un genere particolare. Il nome di sostituzione viene da *sub-instituere*, istituire al di sotto; *sub-institutio*, istituzione posta sotto un'altra. In fatti ogni sostituzione non è che un' istituzione condizionale posta secondariamente sotto un'istituzione principale. Distinguevansene due spezie: la sostituzione volgare (*vulgaris substitutio*) e la sostituzione pupillare (*pupillaris substitutio*), dalla quale Giustiniano ha dedotta per analogia una terza spezie chiamata da' comentatori sostituzione quasi-pupillare, o esemplare (1). Tutte le sostituzioni aveano per effetto di prevenire alcuni rischi di morir intestato, istituendo un erede pel caso che tali rischi si effettuassero. Ecco perchè esse non erano che istituzioni condizionali.

TITULUS XV.

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredum facere, ut puta: SI ILLE HERES NON ERIT, ILLE HERES ESTO, *et deinceps in quantum velit testator substituere. Potest et novissimo loco in subsidium vel servum necessarium heredem instituere.*

TITOLO XV.

DELLA SOSTITUZIONE VOLGARE.

Ciascuno può fare nel suo testamento più gradi di eredi, come sarebbe a' dire: SE COLUI NON SARÀ EREDE, SIA EREDE QUELL' ALTRO, e così di mano in mano può sostituire fino a quanto egli vuole; in ultimo può in sussidio istituir *erede necessario lo schiavo.*

Di tal maniera è la sostituzione volgare, così detta, perchè è la più comune, e perchè, dice Teofilo, si può in questo modo sostituire a tutti. Tra tutte le sostituzioni questa ha dovuto più naturalmente presentarsi alla mente del testatore. La sua origine si dee confondere, con quella delle istituzioni stesse di erede, o esser di poco posteriore. Fu in pieno vigore sotto la repubblica, come si scorge dagli scritti di Cicerone (2), ma il suo uso divenne anche più frequente sotto gl'imperadori, quando le leggi caducarie, le leggi *Julia* e *Papia*, delle quali abbiam parlato (*Hist. du droit* n.° 68.) ebber moltiplicate soprammodo le incapacità di ricevere, perchè a quel tempo i testatori, a fine di prevenire per quanto si poteva le numerose cagioni di caducità, che minacciavano le loro disposizioni, e che avrebber fatto cadere i loro beni nel pubblico tesoro (*aerarium*), furono indotti ad istituire più eredi, de' quali l'uno venisse in difetto dell'altre (3). D' altra parte l' importanza che i romani mettevano a non morire intestato, e la circostanza che, se l'istituzione cadeva, tutte le altre disposizioni cadevano del pari, bastavano a render frequenti fra loro le sostituzioni volgari.

Plures gradus. Gli eredi chiamati in prima linea formano il primo grado, questi sono gl' istituiti propriamente detti; quei che son chiamati in difetto de' primi formano il secondo grado, questi sono i sostituiti, e così di seguito pel terzo, pel quarto grado, etc. se vi sono più istituzioni successive.

Si ille heres non erit. Questa è la condi-

(1) La parola sostituzione nel nostro diritto si usa specialmente a dinotare le disposizioni col peso di restituire. Noi vedremo qui appresso, che in diritto romano questa spezie di disposizioni, che rientrano nella classe de' fedecommessi non erano poste nella classe delle sostituzioni.

(2) *Cic. Brut. C. 52. — De Or. 1. 39. e 57.*

(3) « . . . *Sed et ipsis testamentorum conditoribus sic gravissima caducorum observatio visa est, ut et substitutiones introducerent, ne fiant* caduca. « *(Cod. 6. 5. 1. pr. const. Just.).*

zione particolare che caratterizza la sostituzione volgare. Questo genere di disposizione adunque non è che un' istituzione condizionale pel caso che i primi istituiti non fossero eredi o per rifiuto, o per incapacità; perciocchè la generalità di questi termini *heres non erit*, comprende egualmente tutt' i casi (1).

Servum necessarium heredem: Istituendo così in ultimo luogo (*novissimo loco*) lo schiavo, il quale diverrà forzosamente erede necessario, il testatore si premunisce, in caso che tutti i gradi precedenti gli vengano meno, contro il rifiuto della sua eredità da parte di questo ultimo grado sussidiario. Del resto nulla gl' impedisce d' istituire il suo schiavo non nell' ultimo luogo, ma in quel grado che gli pare, anche nel primo; soltanto se si trattasse d'un testatore insolvibile, bisognerebbe applicare ciò che abbiam detto a proposito della legge *Ælia-Sentia* (pag. 105). Lo schiavo, qualunque fosse il suo grado d' istituzione, non sarebbe erede che in difetto di ogni altro istituito, o sostituito (*solus et necessarius heres*), come se fosse stato scritto dopo tutti gli atri, e per ultimo sussidio (2).

I. *Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singuli singulis*, vel invicem ipsi qui heredes instituti sunt.

1. E più persone possono esser sostituite in luogo d' un solo, ovvero un solo in luogo di molti, o uno in luogo di un altro, o *vicendevolmente gli eredi istituiti tra loro.*

Vel invicem ipsi qui heredes instituti sunt: cioè se uno, o alcuni degl' istituiti non sono eredi, gli altri saranno a loro sostituiti. Così le parti di quelli che mancheranno ricaderanno proporzionatamente a quelli che saranno eredi (3). Ma si ponga ben mente che questo toccherà loro non a titolo di accrescimento, ma sì bene di sostituzione, cioè non per vigore della loro prima istituzione, e come conseguenza forzata di siffatta istituzione, ma per vigore della loro seconda istituzione condizionale, *si eres non erit*, che si sarà effettuata: non per esecuzione del loro primo titolo d'erede, ma per un titolo nuovo, e distinto. Egli è vero che se non vi fosse stata sostituzione, le parti vacanti sarebbero loro spettate, a ciascuno in proporzione della sua parte, per dritto di accrescimento, ma tra questo accrescimento e l'acquisto per via di sostituzione vi ha delle differenze notabili: 1.° l' accrescimento è forzato; l'acquisto per sostituzione è volontario, perciocchè siccome è una seconda istituzione distinta dalla prima, l' erede che ha accettata la prima, non è obbligato per questo ad accettare eziandio la seconda: egli può accettarla, o rinunziarla a suo talento (4); 2.° l'accrescimento ha luogo di pieno diritto in forza della prima adizione, e si regola tanto per le condizioni di capacità, quanto per l'acquisto riguardando il tempo di questa prima adizione: l' acquisto per la sostituzione non ha luogo che per l'adizione che se n' è fatta, e si regola riguardando il tempo di questa seconda adizione (5).

Fermiamo dunque il principio, che ogni sostituzione, o sia di un terzo, o sia degli eredi tra loro, non che confondersi col diritto di accrescimento, impedisce anzi che questo abbia luogo; essendochè essa impedisce che vi sieno parti vacanti. Solo nel caso che la sostituzione fosse rifiutata, o in altro modo venisse meno, il diritto di accrescimento avrebbe luogo.

Sotto l' impero delle leggi caducarie, la cui totale abrogazione fatta da Giustiniano è anche posteriore alle Istituzioni, il diritto di accrescimento non avea luogo indistintamente a vantaggio di tutti gli eredi; tra gli istituiti solo gli ascendenti, o discendenti del testatore fino al terzo grado, e dopo questi gl' istituiti che aveano figliuoli potevano raccogliere le parti caduche, o quasi caduche, altrimenti esse ricadevano al tesoro pubblico (*aerarium*) (6). Questa dunque era una ragione di più per ricorrere alle sostituzioni o de' terzi, o degli eredi tra loro.

---

(1) Ma che decidere se il testatore avesse espresso sol uno di questi casi: *Si heredem esse noluerit*, e reciprocamente: l' altro vi sarebbe sottinteso? Sì certo. *Arg. D. 29. 2. 29.* — *28. 6. 4. pr. 35. 1. 101. pr. Cod. 6. 24. 3.—6. 26. 4.*—Vedete pertanto contro questa opinione *Dig. 28. 2. 10.*

(2) *D. 28. 5. 57. f. Paul.*

(3) Ed a quelli solamente: *D. 28. 6. 23. f. Pap.*

(4) *Cod. 6. 26. 6. const. Dioclet. e Maxim* — *D. 29. 2. 35. pr. f. Ulp.* « *Ex causa substitutionis adeant* » *Ivi 79 §. 1. f. Javol.*

(5) Cosicchè può accadere che a questa seconda epoca l' acquisto non sia più per la medesima persona (*D. 29, 2, 35, pr.*) — ovvero che non esistendo più pel tale o tal altro erede le condizioni di capacità allorchè si apre la sostituzione, l' adizione non si possa più fare da lui (*v. quì appresso 3, 4, § 4*). (6) *Ulp. Reg. tit. 17. e 18.*

II. ***Etsi ex disparibus portionibus heredes scriptos invicem substituerit, et nullam mentionem in substitutione partium habuerit, eas videtur in substitutione dedisse*, quas in institutione expressit. *Et ita divus Pius rescripsit.***

2. E se il testatore sostituirà scambievolmente gli eredi in parti disuguali, e sostituendo non faccia menzione alcuna delle parti, pare che egli dia nella sostituzione quelle parti *le quali egli espresse nell' istituzione*. E così rescrisse il divino Pio.

Quas in institutione expressit. Ma egli ha la facoltà di assegnar loro nella sostituzione parti al tutto diverse da quelle che hanno nell' istituzione; il che forma un altra differenza tra questa sostituzione degli eredi tra loro, ed il dritto di accrescimento.

III. ***Sed si in instituto heredi, et coheredi suo substituto dato, alius substitutus fuerit, divi Severus, et Antoninus* sine distinctione *rescripserunt* ad utramque partem *substitutum admitti.***

3. Ma se all'erede istituito, sarà sostituito il coerede, ed a questo sia sostituito qualcun altro, rescrissero il divino Severo, ed Antonino, *senza fare alcuna distinzione*, che il sostituito succede *nella parte dell' uno, e dell' altro.*

Da ciò si trae la regola generale che chi è sostituito ad un sostituito si reputa essere egualmente, e tacitamente sostituito allo stesso istituito. Esempio: *Primo* è istituito erede; *Secondo* gli è sostituito; ed a questo è sostituito *Terzo*: quest'ultimo benchè espressamente sia sostituito solo a *Secondo*, pure si reputa esser tacitamente sostituito eziandio a *Primo*.

Sine distinctione. Cioè senza distinguere a qual epoca la prima sostituzione è venuta a mancare, se prima o dopo che l' istituzione stessa è mancata. Se dopo, non vi avea alcuna ragione di dubitare, per esempio: l' istituzione cade la prima o pel rifiuto, o per la morte di *Primo*, o per qualunque altra cagione: allora si apre la prima sostituzione, ed il diritto all' eredità si aspetta a *Secondo*; posteriormente questi non può o non vuol essere erede, da questo momento il suo sostituto prende il suo posto e giunge per questo mezzo all' eredità. Ma se il primo sostituito *Secondo* muore e diviene incapace egli pel primo innanzi che l' istituzione che lo precede sia venuta meno, quando più tardi questa istituzione cadrà se *Terzo* prendesse il posto di *Secondo* al quale è stato sostituito, non prenderebbe che il posto di un incapace morto prima dell' apertura de' diritti; dunque è forza supporre che egli venga in proprio nome, come se fosse stato sostituito direttamente all' istituito *Primo*, i cui diritti vengono a mancare. Su questo secondo caso eransi elevati dei dubbî: nondimeno alcuni giureconsulti decidevano in favore del sostituito: « *Verius puto*, diceva Giuliano, *in utramque partem substitutum esse* » (1). Le Istituzioni ci fan sapere che Severo ed Antonino posero fine ai dubbî, decidendo che non si dovesse più far distinzione.

Ad utramque partem admitti: Nell' esempio citato quì e in quel del Digesto (2) si tratta di un erede che è sostituito in prima linea ad uno dei suoi coeredi, ed ha egli medesimo un sostituto in secondo ordine. Questo sostituto se avviene il caso, raccoglierà due parti, cioè quella dell'erede, al quale è direttamente sostituito; e quella del coerede, al quale quest' ultimo era egli medesimo sostituito, la qual parte in luogo di accrescersi proporzionatamente a lui, ed agli altri coeredi, se ve ne sono, si aspetterà esclusivamente a lui per diritto di sostituzione, senza distinguere se prima o dopo dell' altra essa sia stata rifiutata, ovvero sia divenuta caduca.

Egli è a por mente che la sostituzione della quale ora abbiam ragionato, è una sostituzione tacita, la quale non è affatto espressa, ma sottintesa nella disposizione; questo potrebbe avvenire in altri casi eziandio; e per esempio, in quello arrecato da Celso: « *Titius et Seius, uterve eorum vivat heres mihi esto,* » nel quale, come dice il giureconsulto, « *Tacita substitutio inesse videtur institutioni* » (3).

Siccome la sostituzione volgare non è che una specie particolare d' istituzione, così richiede da parte del sostituto le medesime condizioni di capacità, che son richieste da parte di ogni altro istituito. Essa dunque svanisce per le medesime cagioni che fanno svanire un' istituzione ordinaria, per esempio, se il sostituito si muore, o è colpito da qualsiasi altra incapacità prima della morte del testatore, o innanzi che abbia luogo l'apertura de' suoi diritti. Di più siccome essa è un'istituzione condizionale, *si heres non herit*, così svanisce eziandio, se questa condizione venga meno, cioè se l' istituito divenga erede. E reciprocamente il diritto

(1) *D. 28. 6. 27.* (2) *D. 28, 6, 41. pr. f. Pap.* (3) *D. 28. 5. 24, e 25.*

della sostituzione apresi dopo l'apertura della successione, quando la condizione si è adempita, cioè quando è divenuto certo che l' istituito non è erede. Il paragrafo che segue tratta a questo proposito di un caso al tutto particolare.

IV. *Si servum alienum quis patrem familias arbitratus, heredem scripserit, et si heres non esset, Maevium ei substituerit, isque servus jussu domini adierit hereditatem, Maevius substitutus* in partem admittitur. *Illa enim verba* SI HERES NON ERIT *in eo quidem, quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur: si neque ipse heres erit, neque alium heredem effecerit. In eo vero, quem patrem familias esse arbitratur illud significant: si hereditatem sibi, sive, cujus juri* postea *subjectus esse coeperit non adquisierit. Idque Tiberius Caesar in persona Parthenii servi sui constituit.*

4. Se alcuno scriverà erede lo schiavo d' altri, pensandosi ch' egli fosse uomo libero, e gli sostituirà Mevio, s' egli non gli sarà erede, e lo schiavo per comandamento del padrone accetti l'eredità, Mevio che è sostituito *succede in parte*, perchè quelle parole SE EGLI NON SARÀ EREDE, rispetto a colui che il testatore sapeva esser soggetto all' altrui potestà, s' intendono in questo modo: se esso istituito non sarà erede, o non farà erede un altro, cioè non acquisterà ad altri. Ma riguardo a colui che egli si pensava che fosse uomo libero, s'intendono in questo modo: se egli non acquisterà l' eredità, nè per se, nè per colui al quale *di poi* comincerà ad esser soggetto. E così fu deciso da Tiberio Cesare in persona di Partenio suo schiavo.

Si tratta di determinare il senso di queste parole: *si heres non herit*. Sarà da reputarsi effettuata ovvero mancata questa condizione nel caso che l' istituito non potendo acquistare l' eredità a se medesimo la possa acquistare ad altri? A questo riguardo si vuol fare una distinzione, se il testatore conosceva, o nò, lo stato dell' istituito.

Se egli lo conosceva per ischiavo, è cosa chiara che quando questi più tardi acquista a se medesimo, se è divenuto libero, o al suo padrone, se è rimasto schiavo, egli è erede nel senso che il testatore ha avuto in mente; perocchè pel testatore, *si heres non erit*, significava in questo caso, secondo le parole del testo: *si neque heres erit, neque alium heredem effeserit*.

Ma sarebbe il medesimo se il testatore lo avesse istituito, pensandosi ch'egli fosse libero, capo di famiglia, ed in realtà non fosse che uno schiavo? Quì il testatore non avea certamente in pensiero un modo di acquisto ch'egli non poteva neppur sospettare; egli ha per certo compreso nella sua disposizione l' istituito, o il suo futuro padrone, se venisse per avventura a cadere in potestà d' altri, perciocchè questo era nell' ordine possibile delle cose; ma non già un padrone attuale, giacchè egli si pensava che fosse ben altro lo stato di lui. *Si heres non erit*, significava in questo caso pel testatore, sempre secondo le parole del testo: *si hereditatem sibi*, *sive cujus juri postea* (in seguito, ma non già ad un padrone attuale, di cui il testatore ignorava l' esistenza) *subjectus esse coeperit, non adquisierit*. Non effettuandosi più questa sua intenzione, la sostituzione dovrebbe aver luogo (1).

In questo senso decise Tiberio, giudicando in causa propria, perocchè trattavasi di uno tra i suoi schiavi. In fatti la prima istituzione non essendo nulla continua ad esser valida, ma d'altra parte, siccome essa non si effettua nel senso che il testatore ebbe in mente, trovasi avverato il caso della sostituzione, ed allora concorrendo l'istituito, ed il sostituto insieme, è forza che dividano l'eredità.

In partem admittitur: per qual parte? Ciascuno per la metà, come formalmente è detto nella parafrasi di Teofilo sotto questo titolo, e come necessariamente risulta dalla precedente spiegazione (2).

---

(1) Noi vediamo in Gaio 2, §. 177, una distribuzione somigliante per un altro caso, il che prova ancora che nelle sostituzioni condizionali il modo come l'adempimento della condizione debb'essere inteso, è una quistione d' intenzione.

(2) Il frammento di Giuliano *(D. 28, 5, 40)*, dal quale si è voluto conchiudere ch' essi non si dividevano che la metà della successione, senza dire a chi resterebbe l' altra metà, non ci debb' essere opposto; probabilmente in quella specie eravi un altro erede per metà. — L' interpretazione delle parole *si heres non erit* dà luogo a più controversie: manca la condizione, e svanisce la sostituzione, se solo il padre ha fatto l' adizione dell'eredità deferita al figliuolo di famiglia e di cui egli non ha che l' usufrutto? (Per l' afferm. *arg. C. 6, 50, 18, § 1, — 6, 61, 8, pr. §§ 1, e 2)*. — Se l' istituito avendo da prima accettato, ottiene contro la sua accettazione la restituzione in intero per cagione di minorità? *(Aff. D. 4, 4, 7, § 10, — 58, 9, ult. in fin. — Neg. D. 42, 1. 44)*. Se l' istituito è un figlio erede necessario, che si astiene? Teofilo risolve tal quistione negativamente, perchè il figliuolo non resta meno erede.

TITULUS XVI.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

TITOLO XVI.

DELLA SOSTITUZIONE PUPILLARE.

La sostituzione pupillare è l'istituzione d'un erede fatta dal capo di famiglia nel suo proprio testamento, per conto dell' eredità del suo figliuolo impubere sottoposto alla sua potestà, in caso che questo figliuolo sopravvivendogli, si muoia prima di giugnere alla pubertà. Questo propriamente parlando è il testamento del figliuolo fatto dal capo di famiglia, come accessorio del proprio testamento.

Questa del pari che ogni altra sostituzione è un'istituzione condizionale; perciocchè la condizione sotto la quale è fatta è: se il figliuolo muore prima di giugnere alla pubertà (*si prius moriatur, quam in suam tutelam pervenerit*). Essa è posta secondariamente sotto un'istituzione principale, perciocchè il capo di famiglia non può altrimenti farla, che come accessorio del suo proprio testamento, della sua propria istituzione, alla quale quella è subordinata, e di cui segue la sorte. In fine essa ha per iscopo di prevenire un certo rischio di morire intestato; con questa particolarità però, che nella sostituzione volgare il testatore provvede alla sua propria successione; e nella sostituzione pupillare la sua sollecitudine va più oltre, ed egli intende di provvedere che il figliuol rimasto *sui juris*, se morisse impubere, morrebbe senza la capacità necessaria per fare il suo testamento; egli dunque morrebbe necessariamente intestato; or ciò preveggendo i romani, continuando al di là della tomba l'onnipotenza paterna, aveano ammesso che il capo di famiglia potesse nel tempo medesimo che faceva il suo testamento fare eziandio quello che il figliuolo impubere da se non poteva fare. Si può dire che l' impubere divenuto *sui juris* ha il diritto di avere un testamento, ma che non avendo l'esercizio di cotal diritto, il suo capo di famiglia vi ha anticipatamente supplito esercitandolo per lui nel suo proprio testamento.

Noi sappiamo che la sostituzione pupillare fu introdotta per l'uso, per le costumanze, *moribus institutum est*, ci dice il testo nel seguente paragrafo, ma non possiamo precisamente determinare l'epoca in cui ebbe cominciamento. Cicerone nel suo *trattato dell' Oratore* parla così dell'una, come dell'altra.

Il paragrafo che segue ci da un esempio di sostituzione pupillare.

Liberis suis impuberibus, quos in potestate quis habet, non solum ita ut supra diximus substituere potest, id est, ut si heredes ei non extiterint, alius ei sit heres; sed eo amplius ut et si heredes ei extiterint, et adhuc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis heres: veluti si quis dicat hoc modo: TITIUS FILIUS MEUS HERES MIHI ESTO: ET SI FILIUS MEUS HERES MIHI NON ERIT, SIVE HERES ERIT ET PRIUS MORIATUR QUAM IN SUAM TUTELAM VENERIT *(id est pubes factus sit),* TUNC SEIUS HERES ESTO. *Quo casu siquidem non extiterit heres filius, tunc substitutus patri fit heres; si vero extiterit heres filius, et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. Nam moribus institutum est ut cum ejus aetatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.*

Non solamente può alcuno sostituir nel modo che abbiam detto di sopra a' suoi discendenti impuberi, i quali egli abbia in sua potestà, cioè che se essi non saranno suoi eredi, sia erede un altro, ma anche in altro modo può sostituire, cioè, che se essi saranno eredi, ed essendo ancora impuberi si muoiano, sia erede loro qualcun altro, come sarebbe se alcuno dicesse in questo modo: TIZIO FIGLIUOLO MIO SIA EREDE, E SE IL MIO FIGLIUOLO NON SARÀ MIO EREDE, O ESSENDO, VERRÀ A MORTE INNANZI CHE EGLI SIA UOMO DA SE (cioè innanzi che sia giunto alla pubertà), ALLORA SIA EREDE SUO. Nel qual caso se il figliuolo non sarà erede, allora il sostituito si fa erede al padre. Ma se il figliuolo sarà erede e venga a morte innanzi la sua pubertà, il sostituito si fa erede ad esso figliuolo. Perciocchè si è per costume ordinato che essendo i figliuoli in età nella quale essi non possono farsi il testamento, i padri lo facciano per loro.

Quos in potestate quis habet: questa condizione è indispensabile; il diritto di far così il testamento d' un impubere deriva unicamente dalla potestà paterna; dal che segue che il solo capo di famiglia può esercitarlo, ch'egli nol può riguardo a'suoi figliuoli emancipati; che la madre, e gli ascendenti, i quali son privi di potestà, non hanno cotal diritto riguardo ad alcuno.

Si filius heres mihi non erit, sive heres erit, et prius moriatur.., etc. Questo non è che un esempio: il testo cita questo, perchè è il più frequente. Il figliuolo vi si trova istituito in primo luogo dal padre; ma noi vedremo al § 4, che potrebbe anche essere altrimenti, e trovarsi diseredato. Vi ha in un tempo medesimo una sostituzione volgare, ed una sostituzione pupillare formalmente espressa, per modo che la stessa persona è sostituita al fi-

gliuolo volgarmente, e pupillarmente. Altra volta si elevavano delle gravi discussioni per sapere se quando la sostituzione pupillare era espressa, dovesse sottintendersi la volgare, e reciprocamente. Cicerone riguardava siffatta questione come difficilissima (*ambigitur inter peritissimos*) (1). Una costituzione di Marc-Aurelio dichiarò che ogni volta che un caso di sostituzione era espresso, l'altro si dovesse sottintendere (2). Spetta dunque al testatore di dichiarare il contrario se tale non è la sua intenzione.

I. *Qua ratione excitati etiam constitutionem posuimus in nostro codice, qua prospectum est ut, si mente captos habeant* filios vel nepotes, vel pronepotes *cujuscumque sexus vel gradus, liceat eis etsi puberes sint ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere: sin autem resipuerint, eamdem substitutionem infirmari, et hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quae postquam pupillus adoleverit, infirmatur.*

1. Per la qual ragione noi ponemmo nel nostro codice una costituzione per la quale si fa intendere che se alcuno ha figliuoli pazzi, o nipoti, o pronipoti di qualunque sesso e grado esser si voglia, gli sia lecito, con tutto che essi sieno puberi, sostituir loro *certe persone* ad esempio della sostituzione pupillare. Ma se essi diverranno sani della mente, cotal sostituzione non avrà più effetto, e ciò a somiglianza della sostituzione pupillare, la quale dopo che il pupillo, è entrato nella pubertà s' indebolisce, e vien meno.

Questa specie di sostituzione è quella che i comentatori han nominata quasi-pupillare, o esemplare, perchè essa fu introdotta da Giustiniano ad esempio della sostituzione pupillare (*ad exemplum pupillaris substitutionis*, dice il testo). Essa ha per fine di prevenire pel figliuolo pubere il rischio, ch' egli corre per la sua pazzia, di morire intestato. Essa è un' istituzione condizionale, perciocchè è fatta sotto questa condizione: s' egli muore senz'aver ricuperato il senno (*si non resipuerit*); ed è posta secondariamente sotto un' istituzione principale, perciocchè l'ascendente non può farla che come accessorio del suo proprio testamento.

Nondimeno vi ha tra questa sostituzione, e la pupillare due differenze notabili, che il testo indica, quantunque per modo indiretto.

1. *Filios, vel nepotes, vel pronepotes*: il testo mette quì nella medesima linea i figliuoli, i nipoti, o altri discendenti senza ricercare alcuna condizione di potestà paterna. Questa è in fatti la prima differenza: la sostituzione quasi pupillare, non è fatta come la pupillare in forza della potestà paterna, ma per effetto della qualità di ascendente; il diritto ne appartiene non solamente al padre, ma alla madre, ed a tutti gli altri ascendenti senza distinzione: così a riguardo de' figliuoli emancipati, come degli altri.

2. *Certas personas*: questa è la seconda differenza: nella sostituzione pupillare il capo di famiglia può sostituire chi gli pare per erede del suo figliuolo impubere, ma l' ascendente nella sua sostituzione quasi-pupillare è obbligato di prendere il sostituto, ch'egli vuol fare erede del suo figliuolo pazzo, primamente tra i discendenti del pazzo, se ve ne ha; in difetto tra i fratelli di lui; ed in fine solamente in difetto sì degli uni, sì degli altri, egli può sostituire chi vuole (3).

La principale quistione intorno a siffatta sostituzione è di sapere quale sarebbe l'ascendente; la cui volontà si dovrebbe seguire nel caso di concorrenza, cioè se più ascendenti, morti prima del discendente pazzo avessero fatta ciascuno una sostituzione per lui? Siccome i testi tacciono intorno a ciò, alcuni pensano che la volontà del padre doveasi sempre preferire, ovvero che gli ascendenti non aveano questo diritto che dopo la morte del padre, e successivamente di grado in grado; ovvero finalmente che il diritto non apparteneva se non a quello tra gli ascendenti che era l'ultimo a morire. Non si può far altro che congetturare.

---

(1) *Cic. de Orat. lib. 1, §§. 39, e 57. Brut. §. 52.*
(2) *D. 28, 6, 4, pr. f. Modest.*
(3) La costituzione di Giustiniano trovasi nel Codice: *6, 26, 9*. Taluni credono poter trarre dalle parole di questa costituzione un terzo punto di dissomiglianza in ciò, che si avrebbe l'obbligo di lasciare la legittima a colui al quale si volesse fare una sostituzione esemplare, mentre che si può sostituire pupillarmente anche al proprio figliuolo diseredato; ma noi vedremo che l'obbligazione di lasciare la legittima esiste per tutti i figliuoli, che è indipendente da ogni sostituziona, e che, tranne una giusta causa di diseredazione, tutti vi hanno diritto, e possono attaccare come inofficioso il testamento, nel quale non è stata a loro lasciata, o che vi sia sostituzione, o no, o che sia pupillare, o quasi-pupillare. Sicchè così nel primo caso, come nel secondo il figliuolo diseredato senza giusta cagione potrebbe egualmente impugnare il testamento, e la sostituzione cadrebbe con esso. Ecco perchè Giustiniano avverte, che bisogna (salvo una giusta cagione di diseredazione) lasciare la porzione legittima, *ne querela contra testamentum moveatur*: avvertimento applicabile ai due casi.

Prima della costituzione di Giustiniano potevasi solamente per favore eccezionale chiesto ed ottenuto individualmente, essere autorizzato per rescritto del principe a fare una sostituzione pel proprio figliuolo demente (1).

II. *Igitur in pupillari substitutione secundum praefatum modum ordinata* duo quodammodo sunt testamenta, *alterum patris, alterum filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset: aut certe unum testamentum est duarum causarum, idest duarum hereditatum.*

2. Sono dunque nella sostituzione pupillare ordinati secondo il prefato modo quasi due testamenti l'uno del padre, l'altro del figliuolo, quasi come se il figliuolo medesimo avesse istituito il suo erede, o almeno è un testamento di due eredità.

Duo quodammodo sunt testamenta. Sono in certo modo due testamenti, se si considerano gli effetti, e se si riflette che il testamento sta nell' istituzione; perciocchè qui si hanno due distinte istituzioni, due eredità regolate, quella del padre, e quella del figliuolo. Quanto alle forme esteriori, ordinariamente non v'è che un solo testamento, perciocchè la sostituzione pupillare si fa nel testamento del padre: nonpertanto essa potrebbesi fare eziandio con un atto posteriore separato, il quale sarebbe esso medesimo soggetto a tutte le forme de' testamenti, ed allora ve ne sarebbero due pure sotto questo rispetto. Da ultimo in quanto alla loro validità ed esistenza, questi due testamenti riuniti o separati che siano non ne formano che uno in questo senso, che l'uno è l'accessorio dell'altro; infatti il testamento del padre è il principale; la sostituzione pupillare o che sia fatta nel medesimo atto, o in uno posteriore, è una disposizione accessoria di quello, e dee cadere, se cade il testamento paterno.

Ecco in somma perchè il testo termina con queste parole, che in tutti i casi se non vi è che un solo testamento, vi sono però due eredità (*aut certe unum testamentum est duarum hereditatum*).

III. *Sin autem quis ita formidolosus sit ut timeret, ne filius ejus, pupillus adhuc ex eo quod palam substitutum accepit, post obitum ejus periculo insidiarum subjiceretur, vulgarem quidem substitutionem palam facere, et in primis quidem testamenti partibus ordinare debet; illam autem substitutionem, per quam et si heres extiterit pupillus, et intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere, eamque partem proprio lino, propriaque cera consignare, et in priore parte testamenti cavere debet, ne inferiores tabulae, vivo filio, et adhuc impubere aperiantur. Illud palam est non ideo minus valere substitutionem impuberis filii quod in iisdem tabulis scripta sit, quibus sibi quisque heredem instituisset, quamvis hoc pupillo periculosum sit.*

3. Ma se alcuno fosse così pauroso, ch' egli temesse ch'il suo figliuolo pupillo dopo la sua morte non fosse insidiato, per aver egli così apertamente sostituito chi gli debba succedere, egli debbe nel principio del testamento apertamente far la sostituzione volgare: quanto a quella poi, per la quale è nominato un sostituito pel caso che il figliuolo erede venisse a morte essendo ancora impubere, egli dovrà scriverla separatamente alla fine del testamento, legar questa parte col suo proprio filo, e sugellarla con la sua propria cera, e nella prima parte del testamento dovrà ordinare che in fino a che il figliuolo sia vivo ed impubere non si debba aprire la parte di sotto del testamento. E fatta la sostituzione pupillare in questa maniera, il pupillo sarà sicuro da tutte l' insidie. Evidentemente ciò non impedisce, che una sostituzione pupillare scritta sulle medesime tavolette, che l' istituzione, non sia parimenti valida, quantunque sia con pericolo del pupillo.

Queste precauzioni che consiglia il testo non han bisogno di alcuna spiegazione.

IV. *Non solum autem heredibus institutis impuberibus liberis ita substituere parentes possunt, ut si heredes eis extiterint, et ante pubertatem mortui fuerint, sit eis heres is quem voluerint*, sed etiam exheredatis. *Itaque eo casu, si quid pupillo ex hereditatibus, legatisve, aut donationibus propinquorum atque amicorum adquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinet. Quaecumquae diximus de substitutione impuberum liberorum vel heredum institutorum, vel exheredatorum*, eadem etiam de postumis *intelligimus.*

4. La sostituzione per la quale il capo di famiglia dà a' suoi discendenti pel caso che morissero impuberi, quell'erede che gli pare, può esser fatta non solamente a quelli che sono eredi, *ma eziandio a' diseredati.* Laonde in questo caso se si sarà acquistata al pupillo diseredato qualche cosa per via di eredità, di legati, o donazioni di parenti, e d'amici, tutto questo viene al sostituto. E ciò che abbiamo detto della sostituzione de'discendenti impuberi istituiti eredi, o diseredati, deve intendersi *egualmente de' postumi.*

Esamineremo sotto questo paragrafo quali son coloro a' quali si può sostituire pupillarmente:

Ai figliuoli che sono in potestà: questa è la condizione essenziale. Ed è neccessario che la potestà paterna esista non solamente alla morte del testatore, ma an-

(1) *D. 28, 6, 43, f. Paul.*

che al momento ch'ei fa la sostituzione. Se la sostituzione fosse fatta per atto separato posteriore al testamento, non sarebbe necessario che la potestà paterna avesse già avuto esistenza al momento della formazione del testamento: l'epoca, a cui bisogna aver riguardo, è soltanto quella della sostituzione (1).

Sed etiam exheredatis. Perchè il capo di famiglia nella sostituzione pupillare non dispone della sua successione, ma di quella del suo figliuolo, qualunque sia l'erede al quale egli lasci la sua. Il suo diritto di fare la sostituzione pupillare non gli viene dall'aver istituito il suo figliuolo, ma unicamente dalla potestà paterna che ha su di lui. Egli dunque può sostituir pupillarmente a lui anche quando lo abbia diseredato. Ben inteso che se lo abbia diseredato senza giusta cagione, il suo testamento sarà annullato come inofficioso, e se l'abbia passato sotto silenzio, il suo testamento sarà nullo, e con esso la sostituzione pupillare, giacchè questa ne è l'accessorio.

I nipoti eziandio, ed altri discendenti possono esser l'oggetto d'una sostituzione pupillare per parte del loro avo, allorchè sono sotto la sua potestà senz' altra persona intermedia.

Eadem etiam de postumis. Ciò debbe intendersi di quei postumi, che, supponendoli nati alla morte del testatore, sarebbero stati immediatamente sotto la sua potestà e sarebbero divenuti *sui juris* per la sua morte. E si noti che questi sono que' medesimi, a' quali il testatore può nominare un tutore per testamento (ved. p. 156).

Si dee dire lo stesso de' quasi-postumi. Così l'avolo non può dare puramente e semplicemente un sostituto pupillare ai nipoti che non ha sotto la sua immediata potestà, ma può darlo loro eventualmente, pel caso della legge *Junia Velleja*, cioè pel caso che, venendo a morte il loro padre prima dell'avolo testatore, si troverebbero per questo fatto sotto l'immediata potestà di lui. Beninteso, che tanto pe' postumi, quanto pe' quasi postumi è mestieri che sieno stati o istituiti, o diseredati nel testamento, altrimenti, rompendosi il testamento per la loro agnazione o quasi-agnazione, con esso cadrebbe eziandio la sostituzione pupillare (2).

Riguardo a' figliuoli arrogati, si vuol da prima richiamare alla mente che non può esser quistione che di figliuoli arrogati nello stato d' impuberi con le condizioni richieste per questa maniera di arrogazioni. Ciò posto, si vuol fare una distinzione secondo che si tratti d' una sostituzione pupillare fatta dal capo di famiglia, che l' arrogato avea prima di divenir *sui juris*, e di esser dato in arrogazione, e d' una sostituzione pupillare fatta dal padre arrogante. Quanto alla sostituzione pupillare fatta dall' antico capo di famiglia, essa trovavasi rotta dall'arrogazione; ma noi sappiamo che l'arrogatore dovea dar cauzione alle persone interessate, di restituir loro i beni dell'impubere arrogato, s'ei venisse a morire innanzi la pubertà (p. 140 e seg.): quegli dunque che era stato sostituito pupillarmente dal primo capo di famiglia riceveva siffatta cauzione del padre arrogante, e ne profittava, avvenendone il caso; essendochè se l'arrogato moriva impubere, la sua morte apriva in un tempo medesimo per l'arrogatore l'obbligazione di restituire, e pel primiero sostituto il diritto di richiedere. Quanto alla sostituzione pupillare che per avventura si fosse fatta dal padre arrogante, per la ragione medesima non può cadere sui beni personali dell'arrogato; perciocchè cotali beni, se egli muore impubere, debbono ritornare a coloro, che gli avrebbero avuti, se l'arrogazione non avesse avuto luogo. Essa dunque comprende unicamente i beni dati al pupillo dall'arrogatore, o per riguardo di costui, ed alcuni giureconsulti dubitavano eziandio se si avesse anche ad eccettuarne la *quarta Antonina*, nel caso che avea luogo, perciocchè essa era acquistata all'arrogato, non per la volontà dell' arrogatore, ma per vigore della costituzione di Antonino (3).

Non era lecito sostituire pupillarmente nè a' figliuoli emancipati, giacchè essi erano usciti di sotto alla potestà paterna; nè ai figliuoli naturali, perchè questi non v' erano mai stati (4).

V. *Liberis autem suis testamentum nemo facere potest*, nisi et sibi faciat; *nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti: adeo ut si patris testamentum non valeat*, nec filii quidem valebit.

5. Niuno può far testamento a' suoi discendenti,

(1) Tal' è l'esempio citato al *Dig. 28. 6. 2. pr. in fin. f. Ulp.* (2) *D. 28, 6. 2. pr. f. Ulp.*

(3) *D. 28, 6, 10, §. 6, f. Ulp. Ved. sulla quarta Antonina p. 541.* (4) *D. 28, 6, 2, pr.*

s' *egli eziandio non lo fa a se medesimo*, perciocchè il testamento pupillare è parte e seguito del paterno testamento, di maniera che se non vale il testamento del padre, *parimente non vale quel del figliuolo*.

Nisi et sibi faciat. Se il capo di famiglia tiene dalla sola potestà paterna il diritto di testare pel suo figliuolo, egli nondimeno non può esercitare questo diritto che in quanto lo eserciti per se medesimo. L' istituzione d' erede, ch'egli fa pel suo figliuolo non è che una disposizione secondaria del suo proprio testamento, ed è questa eziandio la ragione perchè essa è una *sostituzione*. Adunque non v'è bisogno che delle formalità richieste per un solo testamento: sette testimoni, sette suggelli bastano (1). Ma è parimente lecito di fare la sostituzione pupillare in un atto posteriore rivestito esso medesimo di tutte le forme testamentarie (2); e di farla con una solennità differente, per esempio, il testamento del padre per iscritto, e la sostituzione pupillare per nuncupazione verbale, o reciprocamente (3). Se il testamento del padre, e la sostituzione pupillare si fanno in atti separati, a diversi intervalli, il testamento del padre dee precedere la sostituzione; ma quando si fanno in un solo e medesimo atto, l'inversione della frase non renderebbe viziosa la sostituzione; per esempio se si fosse detto da prima: «*Si filius meus intra quartum decimum annum decesserit, Seius heres esto;*» e più appresso «*Filius heres esto*» (4).

Nec filii quidem valebit. Se, per esempio, il padre ha istituito erede nel suo testamento una persona incapace, benchè quegli, che ha sostituito pupillarmente al suo figliuolo sia capace, la disposizione pupillare sarà nulla, perchè l'istituzione è nulla. Parimente se niuno accetta l' eredità paterna in forza del testamento paterno, il testamento pupillare sarà anch' esso caduco; così il sostituto non potrebbe accettare l' eredità del figliuolo, e tralasciar quella del padre (5). In una parola se per qualsiasi cagione il padre si muore intestato, il figliuolo seguirà la medesima sorte.

Ma il menomo effetto che si conservi al testamento o rigorosamente pel diritto civile, o equamente pel diritto pretorio, è sufficiente a conservare la validità della sostituzione pupillare. Per esempio: se il testamento non è stato rescisso che solamente in parte (6), se non è stato invalidato che per la sola pretoria possessione de' beni data contro le tavole del testamento, in fondo, e nello stretto diritto è riputato sempre valido (7); se l'erede istituito dal padre è un erede necessario, che si è astenuto, nello stretto diritto è sempre riputato erede (8). In conseguenza la sostituzione pupillare si mantiene.

La nullità del testamento del padre traeva quella della sostituzione pupillare, ma non viceversa; perciocchè il principale non segue la sorte dell' accessione. Così una cagione particolare poteva viziare radicalmente la sostituzione, e non per questo il testamento paterno ne rimaneva men valido o indebolito.

VI. ***Vel singulis autem liberis, vel ei qui eorum novissimus impubes morietur, substitui potest: singulis quidem, si neminem eorum intestato decedere; voluerit, novissimo, si jus legitimarum hereditatum integrum inter eos custodiri velit.***

6. Si può sostituire a ciascun discendente, o a colui, che essendo impubere morrà ultimo di loro. A ciascuno; se il testatore non vorrà che alcuno di loro si muoia intestato. All' ultimo; se il testator vorrà che tra loro si conservi intera la ragione dell' eredità legittima.

Il testo spiega sufficientemente lo scopo, e gli effetti della sostituzione fatta *ei qui supremus*, o *novissimus impubes morietur*. In questo caso il sostituto trova nella successione dell'impubere che è l'ultimo a morire la successione di tutti gli altri, che gli son venuti *ab intestato*; ma è necessario che l'ultimo muoia impubere; perciocchè s'egli giugnesse alla pubertà, la sostituzione svanirebbe. Africano domanda a questo proposito che cosa si avrebbe a decidere se tutti morissero nello stesso tempo, ed impuberi? Il sostituito, egli risponde, sarebbe erede a ciascuno di loro: *quia supremus non is demum qui post aliquem, sed etiam post quem nemo sit intelligatur* (9).

(1) *D. 28, 6, 20, pr. f. Ulp.*
(2) *Ivi 16, §. 1, f. Pomp.*
(3) *Ivi 20, §. 1, — 37, 11, 8, §. 4, f. Jul.*
(4) *D. 28, 6, 2, §§. 4, e 5, f. Ulp.*
(5) *D. 28, 6, 2, §. 1, f. Ulp.*
(6) *D. 5, 2, 8, §. 5, f. Ulp.*
(7) *D. 28, 6, 34, §. 2, e 35, f. Ulp.*
(8) *Ivi 2, § 3.* — Si può ancora aggiugnere a questi esempi quello della *legge 38, §. 3*. Se l' istituito dal padre non ha fatto adizione che forzatamente, per comando del pretore, per conservare il diritto del fedecommessario, e restituire a lui la eredità *(ved. qui appresso tit. 23, § 6)*.
(9) *D. 28, 6, 34, pr.*

VII. *Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti* TITIUS HERES ESTO; *aut generaliter, ut* QUISQUIS MIHI HERES ERIT. *Quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere filio mortuo, qui et scripti sunt heredes, et extiterunt pro qua parte et heredes facti sunt.*

7. All'impubere si sostituisce o nominatamente, come sarebbe a dire: TIZIO SIA EREDE, o generalmente, come sarebbe a dire: CHIUNQUE SARÀ MIO EREDE. Per le quali parole, morto il figliuolo impubere, son chiamati per vigor della sostituzione, coloro che furono scritti eredi, e che furono eredi, e per quella parte nella quale furon fatti eredi.

Noi esamineremo sotto questo paragrafo quali son coloro che il testatore può sostituir pupillarmente, e dare per eredi all'impubere.

Tutti quelli che il testatore può dare a se medesimo per eredi. Così anche nel tempo che i postumi esterni non potevano esser istituiti eredi, il postumo suo del padre poteva esser sostituito pupillarmente all'impubere, benchè riguardo a questo impubere egli non fosse che un postumo esterno. Che anzi quelli che sarebbero eredi necessarii riguardo al padre (per esempio il suo figliuolo, o lo schiavo), sono tali eziandio rispetto al figliuolo impubere, pel quale si è fatta la sostituzione. « *Quos possum heredes mihi facere necessarios, possum et filio* », dice Ulpiano (1). La ragione di tutto ciò è che, quantunque vi sieno due eredità e due istituzioni, pure vi ha identità di testamento paterno (2). Del rimanente egli non è obbligato di sostituire pupillarmente all'impubere quelli che a se medesimo ha istituiti eredi, ma è libero di sceglierne un altro.

Egli può eziandio sceglierlo tra i suoi eredi o indicandone nominatamente uno o alcuni di loro; o chiamandoli tutti generalmente.

Quisquis mihi heres erit. La qual cosa importa due condizioni, cioè d'essere stato scritto erede del padre, e di esser divenuto tale; duplice condizione che il testo esprime con quelle parole: *qui et scripti sunt heredes, et extiterunt.* Sicchè in primo luogo quei che non saranno stati eredi del padre o per rinunzia o per qualsiasi altra cagione, non potranno andare alla eredità del pupillo morto impubere, perciocchè essi non v'erano stati chiamati, che in quanto sarebbero eredi del padre (3). In secondo luogo queste parole: *quisquis mihi heres erit*, debbono esser intese nel senso di doversi applicare alla persona medesima di quei che sono stati scritti eredi, e son divenuti tali per loro o per altri, e non a tutti coloro pe' quali l'eredità si è acquistata: « *Hunc habent sensum, ut non omnis qui patri heres extitit, sed is qui ex testamento heres extitit substitutus videatur.* » — « *Placuit scriptos tantummodo admitti.* Per esempio se uno schiavo sia stato istituito erede del padre ed abbia acquistata siffatta eredità al suo padrone; ma sia divenuto libero nel momento che la sostituzione pupillare si è aperta, questa sostituzione non sarà deferita al padrone, dal quale la prima eredità è stata sol materialmente acquistata per mezzo dello schiavo, ma sibbene a questo schiavo divenuto libero che era scritto personalmente erede. In reassunto la sostituzione del pari che l'istituzione si reputa posta sul capo dello schiavo, e lo segue nelle sue diverse condizioni (4).

VIII. *Masculo igitur* usque ad *quatuordecim annos substitui potest; foeminae* usque ad *duodecim annos: et si hoc tempus excesserint, substitutio evanescit.*

8. Si può sostituire al maschio *sino all' età di quattordici* anni; alle femine *per fino all' età di dodici* anni; e passato questo tempo la sostituzione è nulla.

Usque ad quatuordecim; *usque ad duodecim.* Il padre non può prolungare questo termine; il prolungamento, ch' egli per avventura facesse, sarebbe considerato come non avvenuto, perciocchè a quest' epoca il figliuolo, al quale egli ha sostituito, essendo divenuto pubere, avrà il diritto di fare egli medesimo il suo testamento, ma potrebbe restringerlo ad uno spazio più breve; per esempio: *Si filius meus intra decimum annum decesserit* (5).

Substitutio evanescit. In fatti la condizione, sotto la quale era fatta, è allora venuta meno.

Oltre questa cagione che fa svanire la sostituzione pupillare ve ne ha delle altre le quali le son proprie, cioè: Se il figliuolo, al quale la sostituzione si è fatta, muo-

(1) *D. 28, 6, 10, §. 1, f. Ulp.*

(2) « *Constat enim unum esse testamentum, licet duae sint hereditates, adeo ut quos sibi facit necessarios, eosdem etiam filio faciat et postumum suum filio impuberi possit quis substituere* (Ivi 2. §. 4, *in fin.*).

(3) *D. 28, 6, 34, §. 1. Afric.*

(4) *D. 28, 6, 3, f. Mod. — 8, §. 1, f. Ulp.*

(5) *D. 28, 6, 14, f. Pomp. — 21, f. Ulp.*

re prima del testatore (1); s' egli esce di sotto alla sua potestà (2); se dopo la morte del padre egli è arrogato : nondimeno noi abbiam veduto come in questo caso, il sostituito dee profittare in parte della sostituzione per mezzo della cauzione che dee dargli l' arrogatore (Ved. qui sopra p. 384) ; se il sostituito trascura di domandare tra l'anno un tutore per l'impubere (3). Da ultimo a queste cagioni speciali , che rendono nulla la sostituzione pupillare, si vogliono aggiungere eziandio tutte quelle che si applicano alle istituzioni in generale.

Ma quando, avverata la condizione, la sostituzione pupillare non venuta meno per alcuna delle dette cagioni , produce il suo effetto , allora il sostituito diviene erede del figliuolo morto impubere, ed esclude l'eredità *ab intestato*. Egli succede a tutt'i beni dell' impubere senza distinzione di quelli che gli vengono, o no dalla paterna eredità (4) ; perciocchè il capo di famiglia facendo la sostituzione pupillare non l'ha fatta come testante sui proprii beni, ma sui beni futuri del pupillo; che anzi il testatore non avrebbe avuto il diritto di escludere dalla sostituzione tali , o tali altri beni, perciocchè in questo modo avrebbe fatto morire il pupillo parte testato, e parte intestato, il che non era possibile. Se il sostituito, che succede al pupillo, è succeduto eziandio al padre , è tenuto dei pesi, e de'debiti delle due eredità, ma se non è succeduto al padre, i pesi dell'eredità paterna non lo riguardano punto, salvochè non vi sia tenuto come successore del figliuolo, nel caso che questi sia stato egli medesimo successore di suo padre.

IX. Extraneo vero vel filio puberi *heredi instituto ita substituere nemo potest , ut si heres extiterit et intra aliquod tempus decesserit , alius ei sit heres. Sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget* alii hereditatem ejus vel totam vel pro parte restituere : *quod jus quale sit suo loco trademus.*

9. Istituito erede *l' estraneo , o il figliuolo pubere* , niuno può sostituire a questo modo , che se egli sarà erede , e si muoia fra certo tempo , gli sia erede un altro. Ma questo solo è permesso , che il testatore lo possa obbligare per fedecommesso *a restituir la sua eredità o tutta , o parte* ad un altro: il qual diritto quale sia diremo a suo luogo.

Extraneo vero, vel filio puberi. Quanto agli estranei, il testatore non ha veruna potestà su di essi; quanto al figliuolo pubere, questi potrà da se medesimo fare il suo testamento, per conseguenza il testatore non ha alcun diritto di farlo in loro vece, e s'egli l'avesse fatto, anche istituendoli eredi , questo atto sarebbe al tutto nullo, e non varrebbe neppur come fedecommesso (5).

Hereditatem ejus vel totam vel pro parte restituere. Ma si avverta la differenza: qui il testatore dispone della sua propria successione. Egli per vigore del suo diritto di proprietà sui beni suoi proprî li lascia col peso di restituirli ad un altro; ma la sua disposizione non tocca per nulla i beni che non gli appartengono, e che compongono l'eredità altrui. Egli non dà un erede ad altrui, ma dà a se medesimo un fedecommessario.

SOSTITUZIONI FATTE DA' SOLDATI

Tutte le regole che qui abbiamo esposte, non si applicano ai soldati. Il privilegio militare dava loro diritto di fare il testamento del loro figliuolo senza fare il loro (6) ; il testamento pupillare era valido eziandio nel caso , che niuno accettasse l'eredità del padre (7): non era vietato di restringere l'effetto della sostituzione ai beni ch'essi aveano trasmessi (8); potevano , ma unicamente pe' beni che provenivano dalla loro eredità, sostituire al loro figliuolo in potestà anche oltre l'età della pubertà (9); al loro figliuolo emancipato (10), ed eziandio all'estraneo (11).

SOSTITUZIONE CON AUTORIZZAZIONE DEL PRINCIPE.

Il principe poteva dare per rescritto ad un capo di famiglia l'autorizzazione di fare il testamento del suo figliuolo pubere, che non era in istato di farlo da se , o perchè era sordo e muto , o per alcun

(1) Tanto se muoia realmente, quanto se preso dagl'inimici, e morto tra loro, sia per vigore della legge Cornelia reputato morto dal giorno della sua cattività *(ivi 28, f. Jul.)*

(2) *Ivi 4, § 2. 41, §. 2.* (3) *C. 6, 58, 10.*

(4) *D. 28, 6, 10, § 5 , f. Ulp.* — Salvo sempre iò che abbiam detto qui sopra p. 384 pel caso dell' arrogazione. (5) *Dig. 28, 6, 7, fr. Papin.*

(6) *D. 28, 6, 2, § 1. f. Ulp.*

(7) *D. 29, 1. 41, §. 5, f. Tryph.*

(8) *D. 28, 5, 10, §. 5. f. Ulp.*

(9) *Ivi 15, f. Pap.*

(10) *D. 29, 1, 41, §. 4.*

(11) *Ivi 5, f. Ulp. — Cod. 6, 21, 6.*

altra cagione che gli togliesse l'esercizio del diritto, e non il diritto in se medesimo (1). Quest' autorizzazione individuale è quella che Giustiniano ha trasformata pel caso di pazzia, in un diritto generale, di cui ha fatto una spezie particolare di sostituzione alla quale ha assegnato delle regole speciali, secondo che noi qui sopra abbiam detto al §. 1.

TITULUS XVII.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

Testamentum jure factum usque adeo valet, donec rumpatur, irritumve fiat.

TITOLO XVII.

PER QUALI MODI S'ANNULLANO I TESTAMENTI.

Il testamento fatto secondo le regole del diritto vale e dura fino a tanto che non sia rotto, o fatto inutile.

Il testamento nel quale non si sono osservate tutte le forme, e le condizioni essenziali alla sua validità, secondo che sopra abbiamo esposto, è nullo fin dal principio. Ma può eziandio avvenire che un testamento, tuttochè nella sua formazione non siasi trasandata alcuna formalità, non produca verun effetto. Questo accade quando esso si rompe (*ruptum*), quando diviene inutile (*irritum*), o quando è abbandonato (*destitutum*).

I giureconsulti hanno attribuito a queste parole un senso diverso, ed han voluto con differenti espressioni indicare differenti cagioni di nullità pe' testamenti. Così essi han chiamato *injustum*, *non jure factum*, *inutile*, e talvolta *imperfectum* quello che non è stato fatto, secondo le regole del diritto; *nullius momenti* quello in cui il figliuolo in potestà si è trasandato; *ruptum* quello, che è rotto, o rivocato per l'agnazione d' un erede suo, o per un testamento posteriore; *irritum* quello che è divenuto inutile per mutamento di stato del testatore; *destitutum* quello, per vigor del quale niuno è andato all'eredità (2). In quest' ultimo caso il testamento è talvolta chiamato anche *irritum*.

1. *Rumpitur autem testamentum, cum in eodem statu manente testatore, ipsius testamenti jus vitiatur. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium, per imperatorem, eum qui sui juris est, aut per praetorem, secundum nostram constitutionem, eum qui in potestate parentis fuerit, testamentum ejus rumpitur quasi agnatione sui heredis.*

1. Il testamento è infranto quando rimanendo il testatore nel medesimo stato ch' egli è, si vizia la ragione stessa del testamento. Perciocchè se alcuno dopo che avrà fatto testamento si adotterà per figliuolo per via dell' imperadore colui che è uomo di sua ragione, o per via del pretore, secondo la nostra costituzione, colui ch' era in potestà del padre, il suo testamento si rompe, quasichè gli sia nato un suo erede.

Il testamento si rompe per due cagioni: 1° per l' agnazione di un erede suo, che non è stato nè istituito, nè legalmente diseredato; 2° per la formazione d'un testamento posteriore. Questo paragrafo tratta del primo caso.

Vi ha agnazione d' un erede suo ogni volta che alcuno viene in potestà del testatore senza niuna persona di mezzo. Così il testamento è rotto: 1° se dopo la sua formazione nasce al testatore un figliuolo, o una figliuola; 2° se per effetto della morte o dell'emancipazione del padre, il nipote trovasi senza alcuna intermezza persona sotto la potestà del testatore; 3° se per adozione, o arrogazione alcuno entra come figliuolo, o come nipote senza indicazione di padre, nella famiglia del testatore; 4° nel diritto antico se la moglie che passava sotto la mano, nel dominio del marito (*in manu*), entrava in questa maniera nella famiglia di lui nel grado di figliuola (3); 5° lo stesso era quando il figliuolo fatto libero, dopo una prima o seconda mancipazione ricadeva sotto la potestà del padre (4); 6° ed eziandio quando un figliuolo nato del matrimonio contratto con una straniera, o con una Latina (*peregrina vel Latina*) che era stata sposata come cittadina romana, valendosi del benefizio dato dal senato consulto, provava che il matrimonio era stato contratto in buona fede (5).

Noi abbiamo già esposto al titolo della diseredazione, pag. 360 e seg., il modo di evitare che il testamento si rompa per l'agnazione d'un postumo, o d' un quasi-postumo, istituendoli eredi, ovvero diseredandoli. Ma negli altri casi di agnazione che qui sopra abbiamo annoverati, il testamento sempre si rompeva *omni modo*, dice Gaio, o che gli eredi suoi nuova-

(1) *D. 28, 6, 43. Paul.*
(2) *D. 28, 3, 1, f. Pap.* — Qui appresso §. 5.
(3) *Gai. 2, 139.* (4) *Ivi 2, 141.*
(5) *Ivi 142.*

mente sopraggiunti vi fossero stati istituiti, o che vi fossero stati anticipatamente diseredati. Intorno alla diseredazione non v' era alcun dubbio : essa era nulla come quella ch'erasi fatta contro persone, le quali al momento della formazione del testamento non erano nel numero degli eredi suoi, ed alle quali non s'era potuto per conseguenza torre un diritto che non ancora avevano (1). Ma riguardo all'istituzione, alcuni giureconsulti ammettevano che, se il nuovo erede suo sopravvenuto nella famiglia era stato istituito anticipatamente, il testamento non si rompeva. Questa opinione, che è quella di Scevola e di Papiniano, (2) prevalse appresso Giustiniano, il quale tolse via l'*omni modo* di Gaio.

Il rigore di cosiffatto principio fu eziandio temperato nell'ultimo caso di rottura, di cui abbiamo fatta menzione ; quello cioè del matrimonio contratto di buona fede con una straniera o con una Latina. Nel diritto primitivo, quando il figliuolo provava la buona fede o prima o dopo la morte del testatore che fosse, il testamento era rotto , non ostante tutte le istituzioni , o diseredazioni possibili. Un nuovo Senato-consulto fatto a richiesta di Adriano decise , che se la pruova si era fatta innanzi la morte del padre, il testamento sarebbe rotto in ogni caso; che se per contrario la pruova non erasi fatta che dopo la morte di lui , il testamento sarebbe rotto solo nel caso che il figliuolo fosse stato omesso ; ma se fosse stato istituito o diseredato, il testamento sarebbe valido; perciocchè, dice Gaio, sarebbe cosa ingiusta annullare un testamento , per la validità del quale si fossero usate tutte le precauzioni, ed annullarlo in un tempo che sarebbe impossibile farne un nuovo: (*ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur, eo tempore, quo renovari non possent* (3).

II. *Posteriore quoque testamento* quo jure perfectum est *superius rumpitur. Nec interest an extiterit aliquis heres ex eo , an non extiterit : hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit heres esse, aut vivo testatore , aut post mortem ejus antequam hereditatem adiret decesserit* ; aut conditione sub qua heres institutus est defectus sit , *in his casibus pater familias intestatus moritur. Nam et prius testamentum non valet ruptum a posteriore; et posterius aeque nullas habet vires, cum ex eo nemo heres extiterit.*

2. Il testamento fatto prima si rompe per un testamento *fatto validamente* dipoi , e non importa se alcuno sia stato erede per quel testamento fatto dipoi , o no ; perciocchè si guarda solamente questo, s'egli abbia potuto esser erede. Se dunque l'istituito avrà rifiutata l'eredità, ovvero, vivendo il testatore, o dopo la morte di lui si sarà morto innanzi che sia andato alla eredità, o innanzi che sia giunta la condizione , con la quale egli fu istituito erede, in questi casi il padre di famiglia si muore intestato. Perciocchè il primo testamento non vale per esser rotto dal secondo, ed il secondo non ha vigore alcuno non essendovi stato per esso un erede.

Quod jure perfectum est. Egli è cosa manifesta che per queste parole s' intende , il modo ch'è richiesto per ciascuna specie di testamento; così il testamento militare, comechè dispensato da ogni formalità, è regolare e può annullare un testamento anteriore (4). Ulpiano fa menzione di un caso, in cui un testamento benchè non regolare, basta per toglier forza ad un precedente testamento; e questo è quando l'erede scritto nel secondo testamento potrebbe venire alla successione *ab intestato* (5). Teodosio in una costituzione inserita nel codice ripete questa medesima dottrina , dicendo che il secondo scritto varrà non come testamento , ma come ultima volontà dell'intestato: « *Secundam ejus voluntatem non quasi testamentum, sed quasi voluntatem ultimam intestati valere sancimus.* » In questo caso basteranno cinque testimoni che abbiano prestato giuramento. « *In qua voluntate quinque testium juratorum depositiones sufficiunt* » (6).

Aut conditione, sub qua heres institutus est defectus sit ». Egli è ben importante , dice Pomponio, di distinguere quale spezie di condizione sia stata imposta; se essa si riferisca al passato , al presente , o al futuro. Al passato, si esprime in questa forma ; se Tizio è stato console. Se questo fatto è vero, cioè se Tizio realmente è stato console , l' istituzione fatta in questa maniera basta a rompere il testamento anteriore, perciocchè vi può essere un erede; se per contrario Tizio non è stato console, il primo testamento non si romperà. Se la condizione si riferisce al presente, per esempio, se Tizio è console, noi avremo la medesima risoluzione ; se il fatto è vero vi può essere un erede, ed il testamento è rotto; se è falso non vi può esser erede , ed il testamento resta

(1) *Ivi 2, 140, e 141.*
(2) *D. 28, 2, 23, — 28, 3, 18.*
(3) *G. 2, 143.*

(4) *D. 28, 3, 2, f. Ulp.*
(5) *Ivi.*
(6) *C. 6, 23, 21, §. 3.*

valido. La ragione è che quì non vi ha vera condizione; vi ha ignoranza dell'avvenimento, ma non possibilità che accada o non accada. Rispetto alle vere condizioni, le quali si riferiscono ad un fatto futuro ed incerto, ma possibile, esse bastano per rompere il testamento, eziandio che l'avvenimento non si effettuasse. Quanto alle condizioni impossibili, queste si hanno come non iscritte (1).

III. *Sed si quis priore testamento jure perfecto posterius aeque jure fecerit, etiamsi ex certis rebus in eo heredem instituerit, superius tamen testamentum sublatum esse divi Severus, et Antoninus rescripserunt. Cujus constitutionis verba inseri jussimus, cum aliud quoque praeterea in ea constitutione expressum est: « Imperatores Severus, et Antoninus Augusti Cocceio Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, perinde jure valere, ac si rerum mentio facta non esset; sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta* ex lege Falcidia, *hereditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant propter inserta verba secundo testamento, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet ». Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur.*

3. Ma se alcuno, fatto validamente il primo testamento, farà il secondo similmente perfetto, con tutto che in questo abbia istituito un erede di alcune cose particolari; nondimeno il primo testamento non vale, siccome rescrissero i divini Severo ed Antonino, le parole della costituzione de'quali abbiamo comandato che sieno quì inserite, essendovi eziandio in tal costituzione espresse altre cose: « Gl'imperadori Severo ed Antonino Augusti a Cocceio Campano. Il secondo testamento, quantunque in esso sia istituito un erede di cose particolari, vale per diritto, non altrimenti che se non fosse stata fatta menzione d'alcuna di quelle cose. E non si dee dubitare che l' erede scritto contento delle cose a lui assegnate, o della quarta parte in supplemento per *la legge Falcidia*, sia tenuto a restituire l' eredità a coloro che nel primo testamento furono scritti eredi per le parole messe nel secondo testamento, per le quali si diceva che il primo dovesse valere ». Ed in questa maniera si rompe il testamento.

Ex lege Falcidia. Non era precisamente la legge Falcidia quella, per vigor della quale l'erede fiduciario poteva ritenere la quarta parte dell' eredità, ma sibbene il senato-consulto Pegasiamo, come più innanzi vedremo (quì appresso tit. 23 § 5.). La legge Falcidia si applicava a' legati, il senato-consulto ai fedecommessi; e questo si era introdotto ad imitazione della legge Falcidia.

Un testamento quantunque rotto, non è sempre privo di ogni effetto; esso può in taluni casi, quando sia fornito de' suggelli di sette testimoni, servire per ottener dal pretore il possesso de' beni *secundum tabulas* (2).

In fatti per dare cosiffatto possesso dei beni il pretore non considera che due epoche: il momento della formazione del testamento, o quello della morte del testatore. Se dunque in questo mezzo è nato un postumo omesso dal testatore, questo solo fatto basta per rompere il testamento *jure civili*; ma agli occhi del pretore esso non sarà rotto se non nel caso che il figliuolo omesso sopravviva al testatore. Se il figliuolo è morto prima di lui, il testamento quantunque rotto secondo lo stretto diritto, potrà servire ad ottenere il possesso de' beni (3); lo stesso sarà nel caso che il testatore lasciando sussistere l'atto del suo primo testamento, avesse distrutto il secondo (4).

IV. *Alio autem modo testamenta jure facta infirmantur, veluti cum is qui fecit testamentum capite deminutus sit. Quod quibus modis accidat primo libro retulimus.*

4. Oltre a ciò i testamenti rettamente fatti s'invalidano in un altro modo, come sarebbe se colui che avesse fatto il testamento patisse diminuzione di capo, la qual cosa come soglia avvenire, abbiam detto nel primo libro.

Si tratta del caso che il testamento quantunque regolare e valido in se medesimo diviene inutile *irritum*, perchè il testatore abbia fatto mutamento di persona, di stato, di capacità. Noi abbiamo spiegato quì sopra p. 351, perchè secondo il diritto civile tutte le diminuzioni di capo producevano quest'effetto, ed abbiamo esposto a questo riguardo i privilegi che provenivano dallo stato militare.

V. *Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, cum alioquin et quae rumpuntur, irrita fiant; et quae statim ab initio non jure fiunt, irrita sunt; et ea quae jure facta sunt, et postea propter capitis diminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere. Sed qua sane commodius erat singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo quaedam non jure facta dicuntur, quaedam jure facta rumpi, vel irrita fieri.*

5. Ed in questo caso si dice che i testamenti divengono inutili. Egli è vero che i testamenti che son rotti sono parimente inutili, e quelli che non son fatti validamente a principio, sono eziandio

(1) *D. 28, 3, 16.*
(2) *Gai 2, 147.*
(3) *D. 28. 3, 12, pr. f. Ulp.*
(4) *D. 37, 11. 11, § 2.*

inutili, e reciprocamente quei testamenti che da principio rettamente fatti son poi per diminuzione di capo divenuti inutili, possono esattamente dirsi rotti; ma perchè tornava comodo distinguere con differenti nomi le varie cause che viziano i testamenti, però si è detto che alcuni testamenti sono *irregolarmente fatti*, ed altri che a principio son regolari son detti *rotti*, o *inutili*.

VI. *Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae ab initio jure facta per capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam si septem testium signis signata sunt*, potest scriptus heres SECUNDUM TABULAS bonorum possessionem agnoscere, *si modo defunctus et civis romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit. Nam si ideo irritum factum sit testamentum, quia civitatem, vel etiam libertatem testator amiserit, aut quia in adoptionem se dederit, et mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus heres* SECUNDUM TABULAS *bonorum possessionem petere.*

6. Non è per questo che in tutto non vagliano que' testamenti, che a principio giustamente fatti divengono inutili per diminuzione di capo. Perciocchè se son sigillati da sette testimoni, ed il defunto nel tempo della sua morte fu cittadino romano, e di sua propria ragione, *l' erede scritto può aver il possesso de' beni* SECONDO LE TAVOLE, mentre se il testamento sarà divenuto inutile, perchè il testatore abbia perduto la cittadinanza o la libertà, o perchè siasi dato in adozione, e nel tempo della sua morte si sia trovato in potestà del padre adottivo, l' erede scritto non può chiedere il possesso de' beni SECONDO LE TAVOLE.

Potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem agnoscere. Questo è un temperamento introdotto dal diritto pretorio pel caso che il testamento fosse divenuto rigorosamente *irritum*, come per quello che fosse rigorosamente rotto, secondo che qui sopra abbiam detto § 3. Così quando il testatore dopo aver sofferto una diminuzione di capo posteriormente alla formazione del testamento, sarà, prima della sua morte, ritornato al suo primo stato; per esempio allorchè ridotto in ischiavitù, deportato, adottato o arrogato, avrà, prima della sua morte, ricuperato i suoi diritti, per la liberazione, la grazia del principe, o l'emancipazione, per lo stretto diritto il suo testamento divenuto *irritum*, non tornerà ad esser valido, ma pel diritto pretorio potrà servire ad ottenere il possesso de' beni. Cosiffatto è il temperamento recato dal pretore a' rigorosi principî che noi abbiamo esposti, pag. 353, intorno all'epoca in cui la capacità di testare debb'esser nella persona del testatore.

Nel caso di arrogazione non bastava che il testatore arrogato fosse stato di poi emancipato; era necessario inoltre, per ottenere il possesso de' beni, di produrre una dichiarazione del defunto indicante ch'egli intendeva far rivivere il suo testamento; perciocchè essendo stàta l' arrogazione un atto interamente volontario da sua parte, il quale avea prodotto l' alienazione di tutti i suoi beni, vi si scorgeva, quanto alla disposizione testamentaria di questi medesimi beni, la manifestazione di un mutamento di volontà, che rendeva necessaria dopo la sua emancipazione la pruova del ritorno alla sua prima volontà. In difetto di tal pruova l'istituito, che domandava il possesso de' beni, era respinto con l'eccezione di dolo (*doli mali*) (1). Ma Giustiniano non riproduce nelle Istituzioni questa regola speciale: forse perchè, siccome, secondo la legislazione di questo principe, l' arrogato conservava la nuda proprietà de' beni, l' arrogazione non indicava più da parte sua, quanto alla disposizione testamentaria di questi beni, un mutamento di volontà sufficiente a render necessaria la pruova contraria.

Sotto la voce *irritum* inutile i giureconsulti comprendevano talvolta anche il testamento, che non dava un erede *non adita haereditate* (2), quando cioè l'istituito non faceva l' adizione o per determinazione della sua volontà, o per incapacità, ovvero quando otteneva la restituzione *in integrum* contro l' adizione che a principio aveva fatta. Ma siffatto testamento più spezialmente era detto *destitutum*, o *desertum*, abbandonato.

VII. *Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum*, quod postea testator id noluit valere: *usque adeo ut si quis post factum prius testamentum posterius facere coeperit, et aut mortalitate praeventus, aut quia eum ejus rei poenituit non perfecerit, divi Pertinacis oratione cautum sit ne alias tabulae priores jure factae irritae fiant, nisi sequentes jure ordinatae et perfectae fuerint: nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.*

7. Il testamento non si può invalidare solamente perchè il testatore dipoi *non voglia che quel testamento sia valido*, in tanto che se alcuno avrà fatto il primo testamento, e comincerà poi a fare il secondo, e prevenuto dalla morte o pentito, non lo finirà, per costituzione del divino Pertinace si avverte che il primo testamento legalmente fatto, non s' intenda esser altrimenti invalido, se non quando il secondo fosse egualmente regolare, e perfetto; perciocchè il testamento non finito, senz' alcun dubbio è nullo.

(1) *D.* 37, 11, 11, §. 2.

(2) *D.* 28, 3, 1.

Quod postea testator id noluit valere. Ma neppure è assolutamente indispensabile che il testatore faccia un nuovo testamento per rivocare il primo. La rivocazione sarà sufficientemente operata con la distruzione, o alterazione dell'atto medesimo, perciocchè siffatta distruzione è fatta volontariamente con intenzione di morire intestato (1).

Teodosio avea eziandio dichiarato che dopo dieci anni dalla data i testamenti non sarebbero più validi (2); ma Giustiniano modificando tale disposizione, volle che oltre il decorso del tempo, a questa prima circostanza si aggiugnesse la pruova d'un mutamento di volontà espressa in un atto autentico, o in presenza di tre testimoni (3).

VIII. *Eadem oratione expressit, non admissurum se hereditatem ejus, qui litis causa principem reliquerit heredem; neque tabulas non legitime factas in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat, probaturum; neque ex nuda voce heredis nomen admissurum, neque ex ulla scriptura cui juris auctoritas desit, aliquid adopturum. Secundum hoc divi quoque Severus et Antoninus saepissime rescripserunt: « Licet enim inquiunt, legibus soluti simus, attamen legibus vivimus ».*

8. Nell'esposizione della medesima legge ci dice che egli non accetterebbe l'eredità di colui che per cagione di lite (4) avesse istituito erede il principe, e ch'egli non approverebbe quelle tavole del testamento non legittimamente fatte, nelle quali fosse istituito erede per sanarne i vizî. Nè accetterebbe il titolo di erede per semplice voce del testatore, nè terrebbe cosa alcuna per effetto di scrittura, alla quale mancasse l'autorità del diritto. E questo più volte è stato rescritto da' divini Severo, ed Antonino: « Quantunque, dicono essi, noi siamo sciolti dalle leggi, nondimeno viviamo sotto le leggi ».

TITULUS XVIII.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

TITOLO XVIII.

DEL TESTAMENTO INOFFICIOSO.

Secondo il diritto civile, ed ancora secondo il diritto introdotto dall' uso, e dall'interpetrazione relativamente alla diseredazione, bastava al capo di famiglia di dichiarare ch'egli diseredava il suo figliuolo, ed alla madre o altri ascendenti materni, di passar sotto silenzio i loro discendenti, perchè questi non avessero alcun dritto alla loro eredità. L'uso, e l'interpetrazione de' prudenti introdussero un nuovo mezzo di mitigar cosiffatto rigore (5).

Quia plerumque parentes sine causa liberos suos exheredant, vel omittunt inductum est ut de inofficioso agere possint liberi qui queruntur aut inique se exheredatos, aut inique praeteritos: hoc colore quasi non sanae mentis fuerint cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis. Nam si vere furiosus sit, nullum testamentum est.

Perchè per lo più suole avvenire che i padri senz'alcuna cagione diseredano i loro discendenti, ovvero non ne fanno menzione, è stato introdotto che i discendenti possano impugnare come inofficioso il testamento, quando si dolgono di essere stati ingiustamente diseredati, o passati sotto silenzio, con questo colore che essi testatori quasi non siano stati di sana mente quando ordinarono il testamento. Per questo non si dice che il testatore veramente fosse pazzo; perciocchè egli rettamente testò, ma non secondo l' officio della pietà. Chè altrimente se il testatore fosse pazzo, il testamento senz'altro sarebbe nullo.

Chiamasi inofficioso quel testamento che è contrario a doveri della carità tra parenti (*in officium*); Paolo nelle sue Sentenze così lo definisce: « *Inofficiosum dicitur testamentum quod non ex officio pietatis videtur esse conscriptum* » (6); cioè quello nel quale il testatore ha diseredato o passato sotto silenzio senza alcuna legittima cagione i figliuoli, o i parenti, che l'affezione e la pietà naturale gl' imponevano di chiamare alla sua eredità. L'uso introdusse il dritto d'impugnare, e far annullare cotali testamenti. L'origine di siffatto diritto non è fissata in modo preciso, ma certamente rimonta al tempo della repubblica verso il quinto, o sesto secolo di Roma; in una delle aringhe di Cicerone contro Verre se ne fa menzione (7). L'azione contro il testamento inofficioso intentavasi innanzi ai Centumviri, come tutte le altre azioni per petizione di eredità (8). Questi magistrati se trovavano il testamento contrario alla pietà di famiglia (*inofficiosum*), ne pronunziavano la nullità; l'eredità testamentaria cadeva con tutte le disposizioni con-

(1) *D. 28, 4, 1, f. Ulp.; 4, f. Pap.*
(2) *C. Theod. 4, 4, 6.*
(3) *Cod. 6, 23, 27.*
(4) Per dare all' avversario il principe per contradittore.
(5) Vedi quel che ho detto intorno a ciò *Histoire du droit* p. 249.
(6) *Paul. Sent. 3, 5, 1.*
(7) *Cicer. in Verr. 1, 42. — De orat. 1, 38, 57.*
(8) Ved. quel che si è detto de' Centumviri *Histoire du droit* n. 36.

tenute nel testamento, e l'eredità *ab intestato* si apriva a favore di coloro che eran chiamati dalla legge (1).

Sine causa. Ma se il testatore aveva avuto giusta cagione di diseredare, o lasciare addietro il parente che si querelava, il testamento non era inofficioso, e non se ne pronunziava la nullità. Le cagioni non erano legislativamente determinate, ma erano in ciascuna causa abbandonate alla discrezione del giudice, od il testatore non era sottoposto ad alcuna obbligazione di esprimerle nel suo testamento. Di tal fatta era il diritto anche dopo le Istituzioni. Ma con una posteriore Novella Giustiniano determinò quali sarebbero le giuste cagioni di diseredare, o passar sotto silenzio, e richiese che fossero espresse nel testamento(2).

Exheredant. Questo si riferisce al capo di famiglia rispetto ai figliuoli sottoposti alla sua potestà, che ha diseredati; perciocchè se li avesse soltanto passati sotto silenzio, il testamento sarebbe viziato, secondo le regole che abbiamo esposte intorno alla diseredazione, e per conseguente non vi sarebbe necessità nè diritto d'impugnarlo come inofficioso.

Vel omittunt. Questo si riferisce alla madre ed agli ascendenti materni o altri, riguardo ai discendenti che non hanno in loro potestà; perciocchè il loro silenzio basta, secondo il diritto rigoroso, per allontanare cotali discendenti dalla loro eredità.

1. *Non autem liberis tantum permissum est testamentum parentum inofficiosum accusare, verum etiam parentibus liberorum.* Soror autem et frater turpibus personis scriptis heredibus *ex sacris constitutionibus praelati sunt. Non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultra fratres igitur, et sorores cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.*

1. E non solamente è permesso ai discendenti che possano accusare il testamento de' padri come inofficioso, ma è permesso eziandio a'padri di accusar il testamento de' discendenti. *La sorella ed il fratello saranno preposti* per le sacre costituzioni *alle persone turpi che sono scritte eredi.* Non possono dunque aver azione contro qualunque erede. Ed oltre ai fratelli ed alle sorelle i cognati non possono in modo alcuno muover querela, o movendola, riportar vittoria.

Soror autem et frater; il che, secondo il diritto civile, intendevasi esclusivamente de'fratelli e delle sorelle agnati, membri della medesima famiglia; perciocchè essi soli erano eredi legittimi gli uni rispetto agli altri. La costituzione di Costantino, come trovasi nel codice Teodosiano, consacra ancora questo principio (3); ma Giustiniano ammette al diritto d'impugnare il testamento come inofficioso, tutt' i fratelli consanguinei cioè generati del medesimo padre, o che fossero ancora nella medesima famiglia, o che ne fossero usciti (*durante agnatione, vel non*). In conseguenza mettendo nel suo codice la costituzione di Costantino, la fece modificare in questo senso (4). Cosiffatto era il diritto delle Istituzioni, secondo il quale, i fratelli uterini restavano esclusi dalla querela d'inofficiosità (5).

Turpibus personis scriptis heredibus: come sarebbe a dire gl' istrioni, i gladiatori, le prostitute, le persone notate d'infamia. Deesi a tal riguardo richiamare alla mente ciò che abbiam detto nella nostra *Esposiz. gen. del diritto rom.* p. 17 della perdita, o delle alterazioni dell'*existimatio*. All'occasione della querela d'inofficiosità conceduta a' fratelli ed alle sorelle, una costituzione di Costantino distingue con precisione i tre gradi tra l'infamia, la turpitudine, e la *levis nota* (4). In questi tre casi egualmente i fratelli e le sorelle

---

(1) *D. 5, 2, 6, §. 1; 8, §. 16, f. Ulp.*

(2) Queste cagioni riguardo a'figliuoli sono quattordici. 1.° se il figliuolo si è renduto colpevole d'un ingiuria grave verso suo padre; 2.° se lo ha percosso; 3.° se ha attentato alla sua vita; 4.° se per sua denunzia gli ha fatto soffrire qualche danno; 5.° s'egli vive in compagnia di malfattori; 6.° se ha voluto impedire a suo padre di far testamento; 7.° se l'ha abbandonato nella pazzia; 8.° se non l'ha riscattato dalla cattività; 9.° se il figliuolo è un eretico che non riconosce i quattro primi concili ecumenici; 10.° se ha accusato il padre di delitto capitale, salvo il delitto di lesa maestà; 11.° se ha avuto commercio con la madrigna, o con la concubina del padre; 12.° se si scrisse tra commedianti a malgrado di suo padre; 13.° se egli non vuole con la sua garentia far rilasciare suo padre arrestato per debiti; 14.° se una figliuola minore che il padre voleva maritare e dotare si abbandona ad una prostituzione mercenaria (*Novella 115, cap. 3*).

(3) *Cod. Theod. 2, 19, 1, e 2.*

(4) *Cod. 3, 28, 27.*

(5) Secondo la novella 115 le giuste cause di omissione rispetto agli ascendenti sono otto: 1.° se hanno accusato i loro discendenti d'un delitto capitale; 2.° se han teso delle insidie contro la loro vita; 3.° avuto commercio con la moglie, o con la concubina del figliuolo; 4.° impedito che non facessero testamento; 5.° se non gli hanno riscattati dagl' inimici; 6.° se li hanno abbandonati nella pazzia; 7.° per cagione di eresia; 8.° se il padre ha tentato di avvelenare la madre, o reciprocamente (*Novella 115, cap. 4*).

(6) *Cod. 3, 28, 27, const. Const.*

hanno la querela d'inofficiosità. In somma il loro diritto era molto più ristretto di quello de'discendenti; perciocchè questi potevano querelarsi per cagione d'inofficiosità contro qualunque persona istituita erede, a loro danno, ma i fratelli e le sorelle nol potevano che contro le persone turpi (1).

II. *Tam autem naturales liberi, quam secundum nostrae constitutionis divisionem adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt,* si nullo alio jure ad bona defuncti venire possunt. *Nam qui ad hereditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt.* Postumi quoque *qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.*

2. E tanto i discendenti naturali, quanto gli *adottivi secondo la divisione della nostra costituzione* possono aver azione contro il testamento come inofficioso, *quando che essi non abbiano altro modo a poter pervenire ai beni del morto*; perciocchè chi può per altra via venire a tutta l'eredità, o ad una parte, non può impugnare il testamento come inofficioso. *I postumi parimente*, i quali non possono per altra ragione venire all'eredità, hanno libera licenza di far querela del testamento inofficioso.

Secundum nostrae constitutionis divisionem adoptati: cioè secondo la distinzione stabilita dalla costituzione di Giustiniano tra i figliuoli adottati da un ascendente, e gli arrogati. Noi sappiamo che i primi non hanno più che un diritto di successione *ab intestato* sui beni del padre adottante, senza poter fare querela se sono stati omessi o diseredati, anche senza ragione (ved. qui sopra tit. XIII. §. 4.).

Si nullo alio jure ad bona defuncti venire possunt. Così l'azione per causa d'inofficiosità è un ultimo ricorso che si ha solamente quando non vi sia altro mezzo. Se per esempio si tratta d'un figliuolo che può invocare contro il testamento paterno la nullità, o il possesso de'beni *contra tabulas*, perchè non sia stato diseredato, egli non sarà ammesso ad impugnarlo come inofficioso; perciocchè ha un'altra via da pervenire all'eredità. Lo stesso è a dire, prima di Giustiniano, delle figliuole, de'nipoti, o pronipoti, che in caso d'omessione aveano diritto di farsi ammettere per una parte in concorrenza con gli istituiti. Lo stesso finalmente è a dire, secondo l'esempio arrecato da Ulpiano, dell'arrogato impubere ingiustamente diseredato, perchè egli ha in questo caso il diritto di richiedere la quarta Antonina (2).

Postumi quoque: però, quando la loro nascita non dovea rompere il testamento; per esempio, allorchè il padre li avea diseredati, o quando trattavasi del testamento della madre, o d'un ascendente materno. L'azione per causa d'inofficiosità era loro aperta, e la riuscita non era dubbia; perciocchè era cosa ben evidente, che essendo postumi, non avean potuto dare al testatore alcuna giusta ragione di trasandarli, o diseredarli.

III. *Sed haec ita accipienda sunt si nihil eis penitus a testatoribus testamento relictum est: quod nostra constitutio ad verecundiam naturae introduxit. Sin vero quantacumque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente*, in quod eis deest usque ad quartam legitimae partis repleatur, licet non fuerit adjectum, *boni viri arbitratu debere eam compleri.*

3. Ma tutte queste si debbe intendere quando il testatore non abbia lasciato lor cosa niuna nel suo testamento; il che è stato introdotto da noi con una nostra costituzione, per rispetto ai diritti di natura. Ma se fosse lasciata loro qualche parte dell'eredità e qualche cosa, cessando la querela d'inofficioso contro il testamento, essi avranno solamente il diritto di far aggiungere *quel che lor manca fino al quarto della parte legittima, quantunque il testatore non abbia scritto ch'essa si debbe riempire*, e ciò si farà per parere e per giudizio di qualche uomo da bene.

L'azione per causa d'inofficiosità del testamento diede origine ad una nuova teorica, cioè a quella della porzione legittima dovuta a'discendenti, ascendenti, o fratelli e sorelle nel loro grado di eredità *ab intestato*.

Noi non possiamo determinare positivamente a quale epoca, e per quale gradazione s'introdusse cosiffatta teorica; nondimeno la generazione probabile di tal diritto è questa: Se i discendenti, ascendenti, o fratelli e sorelle futuri eredi *ab intestato* del morto fossero stati da lui nel suo testamento istituiti per una parte qualunque per quanto piccola si voglia, non vi era rispetto a loro nè omissione, nè diseredazione: in questo stato di cose dovea il testamento annullarsi come inofficioso, o no? ovvero, se il morto senza istituire queste persone per erede, avea nondimeno lasciato loro

(1) Rispetto a' fratelli, ed alle sorelle vi ha tre giuste cause di omissione: 1.° per attentato alla vita; 2.° accusa di un delitto; 3.° grave danno nelle facoltà (*Novella 22, cap. 47*).

(2) *D. 5, 2, 8, § 15. — V. p. 141.*

una parte de' suoi beni per legato, donazione, o altrimenti, dovea il testamento tenersi eziandio come inofficioso? non poteva forse intervenire che nello stesso interesse del figliuolo, per esempio, per evitare i pesi, e la risponsabilità che trae seco la qualità di erede, gli avesse il padre lasciato una parte de' suoi beni a titolo di legato, o di donazione piuttosto che a titolo d'istituzione? Così stando la cosa qual parte de' beni bisognava che il testatore avesse lasciata per istituzione, per legato, o altrimenti a' suoi discendenti, ascendenti, o fratelli e sorelle futuri eredi *ab intestato*, perchè il testamento non si avesse a riguardare come inofficioso? Intorno a tutte siffatte quistioni è da osservare che a principio non vi dovè esser alcuna regola formale. L'azione per cagione d'inofficiosità non era un azione di stretto diritto per un vizio assoluto e ben determinato. Il testamento non si annullava che come contrario ai doveri della parentela, come indicante nelle sue disposizioni una volontà irragionevole e senza riflessione. Ai Centumviri si aspettava di estimare la cosa sotto questo riguardo, secondo le varie circostanze; essi dunque doveano giudicare se le liberalità del testatore verso i querelanti non erano sufficienti a soddisfare ai doveri, ed all' affezione della parentela; non vi era dunque nulla che fosse positivamente determinato e stabilito. Ma negli ultimi anni della repubblica, nel 714, fu pubblicato sotto il nome di legge Falcidia (*lex* FALCIDIA) un plebiscito, di cui avremo fra breve a far parola (Ved. qui appresso tit. XXII), pel quale fu ordinato che ogni erede istituito per testamento non potesse esser gravato di legati, nè di fedecommesso oltre le tre quarte parti della sua porzione ereditaria, di maniera che sempre almeno un quarto franco e libero gli rimanesse. E sia che la legge Falcidia contenesse formalmente riguardo all'eredità *ab intestato* una disposizione analoga, a favore degli eredi del sangue, ai quali era aperta l'azione d'inofficiosità; o sia che per interpetrazione la detta legge si fosse estesa, il fatto è che a questi eredi del sangue fu attribuito il medesimo diritto che agli eredi istituiti, e che, sotto pena di far annullare il testamento come inofficioso, dovettero sempre, salvo una giusta causa di diseredazione o un'intera omissione, avere la quarta parte della porzione ereditaria, che loro sarebbe spettata *ab intestato*. Tal'è l'origine di quella parte, che in una costituzione di Teodosio e di Valentiniano messa nel codice Teodosiano formalmente è detta *la Falcidia* (*solam eis Falcidiam debitae successionis relinquant*) (1); che una Novella di Maggioriano parimente appella *la quantità della legge Falcidia* (*sola Falcidiae quantitas* (2); che altri testi chiamano eziandio *la porzione dovuta per legge* (*portio legibus debita*) *porzione legittima* (*portio legitima*) (3), onde i comentatori han dedotta la denominazione pura e semplice di *legittima* (4).

Id quod eis deest usque ad quartam legitimae partis repleatur, licet non fuerit adjectum. Da principio era indispensabile che il testatore avesse dato egli medesimo la quarta parte compiuta, o almeno che avesse formalmente aggiunto alle sue disposizioni, che in caso d' insufficienza si dovesse compiere: altrimente si dava luogo all'azione per causa d'inofficiosità. Ed in questo stato trovavasi il diritto anche sotto Costantino, secondo una costituzione di lui messa nel codice Teodosiano (5). Giustiniano fu il primo a stabilire che eziandio nel caso che il testatore non avesse aggiunta questa disposizione (*licet non fuerit adjectum*), il diritto dell' erede del sangue si limiterebbe a far compiere il quarto: così per poca cosa che il testatore abbia lasciata all' erede del sangue, ciò basta ad escludere l' azione d'inofficiosità, e non rimane altro che l'azione in supplemento.

IV. *Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam ge-*

(1) *Cod. Theod. 16, 7, 28.* — Questo nome di *Falcidia* parimente le è dato in una costituzione di Arcadio, ed Onorio messa nel Codice di Giustiniano: *9, 8, 5*, §. *5*.

(2) Divi Majoriani *A legum novellarum lib. tit. 8. De sanctimonialibus et viduis et de successionibus earum. 1*, § *2*.

(3) *C. 3, 28, 29, 30 e 31.*

(4) Cujacio era stato indotto dall' intitolazione probabilmente alterata d' una legge del Digesto (*5, 2, 4, f. Gai.*) ad attribuire l'origine della porzione legittima ad una certa legge *Glicia* interamente ignota. Ma l'esposizione che noi ora ne abbiam fatta, il nome di *Falcidia* che le è dato dalle costituzioni degl'imperadori, e che noi troviamo eziandio nella *legge romana de' Borgognoni 51*, *(30)*, ed anche appresso i Franchi, come lo dimostra il Savigny nella sua storia del diritto romano al medio-evo (*t. 2, c. 9*, § *41.* — *vol. 1, p. 72, nota 5*, della traduzione), parecchie altre autorità, tutto in fine ci prova che la porzione legittima degli eredi del sangue deriva se non testualmente, almeno per estensione dalla legge Falcidia.

(5) *C. Theod. 2, 19, 4.*

rebat, ex testamento patris sui legatum acceperit; cum nihil erat ipsi tutori relictum a patre suo, nihilominus poterit nomine suo *de inofficioso patris testamento agere.*

4. Se un tutore avrà in nome d' un pupillo, di cui amministri la tutela, accettato un legato del testamento di suo padre, il quale nulla abbia lasciato ad esso tutore, può impugnare *per suo conto* il testamento del padre come inofficioso.

Nomine suo. L'accettazione ch' egli ha fatta d' un legato lasciato al suo pupillo non gli può essere opposta come una ratifica che egli abbia fatta del testamento; perciocchè in siffatta accettazione egli ha operato non già nel suo nome, ma nella sua qualità obbligatoria di tutore, adempiendo in ciò non un atto volontario, ma un dovere forzato. Egli dunque avrà libera licenza di impugnare nel suo proprio nome (*nomine suo*) il testamento come inofficioso. La cosa andrebbe altramente se l'atto d' approvazione anche indiretto fosse stato interamente libero e volontario da parte sua, come sarebbe se egli avesse assunta la qualità di avvocato, o di procuratore per domandare il rilascio d'un legato a nome d'un legatario (1).

V. *Sed si e contrario pupilli nomine, cui nihil relictum fuerit, de inofficioso egerit,* et superatus est, *tutor quod sibi in eodem testamento legatum relictum est, non amittit.*

5. Per il contrario se il tutore a nome del pupillo, al quale non fu lasciata cosa alcuna intenterà l'azione d'inofficiosità, e *succumberà*, non perderà il legato che gli è stato lasciato in quel medesimo testamento.

Et superatus est. Quì l'ipotesi è tutta al contrario, ma la ragione di decidere è la medesima. Si ha da sapere, per l' intelligenza di questa decisione, che ogni erede il quale avea impugnato a torto il testamento come inofficioso, e la cui domanda veniva rigettata, perdeva, come indegno, i legati, o altre disposizioni messe in quel testamento a favore di lui; ed in tal caso ne faceva guadagno il fisco (2). Ma quì il tutore non avendo intentata l' azione nel suo proprio nome, nè volontariamente, non è incorso in alcuna indegnità.

VI. *Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit, sive jure hereditario, sive jure legati aut fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit; vel inter vivos,* in iis tantummodo casibus quorum mentionem facit nostra constitutio; vel aliis modis qui constitutionibus continentur. *Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est, ut sive unus fuerit, sive plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta eis dari possit, ut pro rata eis distribuatur, idest pro virili portione quarta.*

6. Adunque, acciocchè alcuno non possa intentar l' azione d' inofficiosità, debbe aver la quarta parte lasciata o per eredità, o per legato, o per fedecommesso, o per donazione per causa di morte, o per donazione tra vivi, *ma in quei casi però de'quali si fa menzione nella nostra costituzione, o in qualunque altro modo contenuto nelle costituzioni.* E quello che abbiamo detto della quarta parte si debbe intendere a questo modo, che se sarà un solo, o più coloro ai quali è lecito impugnare il testamento come inofficioso, si debba dar loro una sola quarta parte, la quale si distribuisca tra loro per rata, vale a dire a ciascuno il quarto della sua porzione virile.

Questo paragrafo dà luogo ad esaminar due quistioni, che per altro sono essenzialmente correlative: 1ª In che modo si ha da fare il computo per determinare la porzione legittima? 2ª a qual titolo, ovvero per qual sorta di liberalità deesi lasciar questa porzione agli eredi del sangue?

Per determinare la porzione legittima si vuol considerare il patrimonio del morto qual esso era al momento della sua morte (3), fatta deduzione delle spese funebri, de' debiti, e liberazioni di schiavi (4): per altro tutte le cose che formano l' oggetto di legati, ed altre liberalità testamentarie vi son sempre comprese, perciocchè esse nel momento della morte sono ancora nel patrimonio. Vi si comprendono eziandio a questo titolo le donazioni a causa di morte (5). E di tutta questa massa così formata prendendo la quarta parte si avrà il valore della porzione legittima.

Le donazioni tra vivi, che il morto per avventura avesse fatte vivendo, non entrano nella massa pel computo della porzione legittima; perciocchè esse non erano più nel patrimonio del defunto al momento della sua morte: tranne nondimeno il caso, che non fossero esse medesime impugnate per cagione d' inofficiosità per aver oltremodo esaurito il patrimonio del morto, nello scopo di render vana ed illusoria la querela d' inofficiosità testamentaria: perocchè noi sappiamo da un

---

(1) *D. 5, 2, 32, f. Paul.*
(2) *D. 5, 28, § 14, f. Ulp.* (3) *C. 3, 28, 6.*
(4) *Paul. Sent. 3, 5, 6.* — *D. 5, 2, 8, § 9.*
(5) *C. 8, 57, 2.* — Ved. su tutto questo i particolari che ne daremo qui appresso tit. 22, § 3, pel computo della Falcidia; le regole generali sono le medesime, perciocchè, questa è una specie di Falcidia.

titolo particolare del Codice e da' frammenti del Vaticano scoperti non ha guari, che siffatta azione era ammessa contro le donazioni (1).

Ma se l'erede del sangue avea ricevuto dal testatore alcune liberalità, doveano queste entrar nella massa pel computo della porzione legittima? Rispetto ai legati, fedecommessi, o donazioni a causa di morte non v'era dubbio alcuno. Poco importava se queste liberalità fossero state fatte all'erede del sangue, o a qualsivoglia altra persona: la regola generale era che esse si computavano nella massa, perciocchè facevano ancora parte del patrimonio al momento della morte, e tutto quello che a tal titolo era stato lasciato all'erede del sangue si computava come altrettanto da doversi imputare sulla quota che gli spettava.

Quanto alle donazioni tra vivi ricevute dall' erede del sangue, vivendo il testatore, vi erano delle distinzioni a fare. Giacchè la regola generale era che le donazioni tra vivi non entravano nella massa, questa regola dovea aver luogo per le donazioni fatte all'erede del sangue, non altrimenti che per quelle fatte ad ogni altra persona. Adunque soltanto per eccezione l' erede del sangue era tenuto a farle entrar nella massa, e ad imputarle sulla sua porzione legittima, in taluni casi, che il testo sommariamente accenna.

In iis tantummodo casibus, quorum mentionem facit nostra constitutio. Cioè nel caso che la donazione tra vivi gli era stata fatta sotto la condizione espressa che si dovesse imputar sulla legittima: l'accettazione di cosiffatta condizione non toglieva all' erede il diritto di reclamare, ma l' obbligava ad imputare la donazione, e per conseguenza a non poter altro reclamare che il compimento della sua quarta (2). Ed ancora nel caso che si trattava di ciò che gli era stato donato tra vivi a fine di comperare un impiego, o un grado militare (*ad militiam emendam*) (3).

Vel aliis modis qui constitutionibus continentur. In alcune edizioni si legge erroneamente nel testo, *nostris constitutionibus*; non si tratta più della costituzione di Giustiniano, ma delle costituzioni in generale, come si può vedere dalla parafrasi di Teofilo. Questi casi son quelli della dote, e della donazione per causa di nozze che entrano nella massa pel computo della porzione legittima, e su questa vengono imputate (4).

Giustiniano ha eziandio per alcune sue Novelle introdotto in questi diversi punti delle importanti modificazioni. Così egli ha aumentata la quantità della porzione legittima, la quale non debb'essere più solamente del quarto, ma della metà della successione, se i legittimarî sono più di quattro; e nel caso contrario, del terzo. Questo aumento ha luogo tanto pei discendenti, quanto per gli ascendenti, fratelli o sorelle, a favore de' quali l'azione d' inofficiosità era stata a principio introdotta (5).

Non è più lecito di passar sotto silenzio, e diseredare i discendenti, o gli ascendenti, anche quando si è lasciata loro la porzione legittima a titolo di donazione, di legato, o di fedecommesso: è necessario dar loro la qualità di eredi, fosse pur per un oggetto particolare, salvo a compiere ciò che manca alla porzione legittima (6).

Secondo il diritto civile, ed anche secondo il diritto delle Istituzioni, il testamento annullato come inofficioso, era annullato per intero, e tutte le sue disposizioni venivano meno. Secondo la medesima novella di Giustiniano, esso non sarà annullato se non per quel che riguarda l'istituzione di erede; ma i legati, i fedecommessi, le manomissioni, le nomine di tutori sussisteranno, e saranno eseguite (7).

L' azione contro il testamento per cagione d' inofficiosità si trova in diversi casi estinta: 1. Se il querelante ha transatto con gli eredi, perciocchè la promessa di non attaccare il testamento fatta, vivendo ancora il testatore, sarebbe nulla, ma dopo la sua morte, può aver luogo la transazione (8); 2. se egli ha abbandonata la sua azione (9); 3. se ha riconosciuto il testamento come buono e valido (*agnovit judicium testatoris*) o direttamente, o indirettamente, per esempio,

(1) *Vatic. Jur. Fragm.* §§ *270, 271, 280, 281, 282.* — *C. 3. 29.*

(2) *D. 5, 2, 25, pr. f. Ulp.* — *C. 3, 28, 35,* § *2,* costituzione di Giustiniano.

(3) *C. ivi 30,* § *2. cost. di Giustiniano.* — Si vede da questa costituzione che alcuni gradi militari erano già venali a quel tempo.

(4) *C. 3, 38, 29, constit. Zenon.; 30,* § *2.*—*C. 6. 20, 20, pr.*

(5) *Novel. 18, cap. 1.*

(6) *Novel. 115, cap. 3, e 4.*

(7) *Ivi in fine.*

(8) *D. 5, 2, 27,* — *C, 3, 28, 35,* § *2,* — *Paul. Sent. 4, 5, 8.*

(9) *D. 5, 2, 8,* § *1.*

ricevendo un legato, chiedendo l'esecuzione di qualcuna tra le sue disposizioni (1); 4. s' egli ha lasciato trascorrere il termine fissato anticamente a due anni soltanto (2), ma esteso dipoi a cinque (3); a capo di questo spazio di tempo, che non comincia a correre se non dal giorno del l'adizione (4), l'azione del testamento inofficioso è prescritta, perchè si reputa aver col suo silenzio approvato il testamento; 5. s'egli muore senz' aver intentata nè preparata l'azione; ma s' ei l'avesse preparata, vale a dire avesse manifestato l'intenzione d'intentarla, e cominciato a dare delle disposizioni a tal riguardo, il diritto d'intentarla passerebbe a' suoi eredi (5).

Non è lo stesso dell'azione per compimento della porzione legittima: essa non si estingue nè per riconoscimento del testamento, nè per prescrizione di due o di cinque anni, nè per la morte del legittimario (6).

TITULUS XIX.

DE HEREDUM QUALITATE, ET DIFFERENTIA.

Heredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui et necessarii, aut extranei.

TITOLO XIX.

DELLA QUALITÀ, E DELLA DIFFERENZA DEGLI EREDI.

Gli eredi son detti o necessarî, o suoi e necessari, o estranei.

La differenza tra questi tre ordini di eredi consiste essenzialmente nella maniera di acquistare, o di poter rifiutare l'eredità. E però il presente titolo tratta dell'acquisto, e della rinunzia delle eredità.

1. *Necessarius heres est servus heres institutus: ideo sic appellatus, quia* sive velit, sive nolit, *omnimodo* post mortem testatoris, *protinus liber, et necessarius heres fit. Unde qui facultates suas suspectas habent, solent servum suum primo, vel secundo, vel etiam ulteriore gradu heredem instituere, ut, si creditoribus satis non fiat,* potius ejus heredis bona, quam ipsius testatoris a creditoribus possideantur, *vel distrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo* illud ei commodum praestatur *ut ea, quae post mortem patroni sui sibi adquisierit, ei reserventur. Et quamvis non sufficiant bona defuncti creditoribus, tamen ex alia causa quae sibi adquisivit, non veneunt.*

1. L'erede necessario è *lo schiavo istituito erede*, ed è così chiamato, perciocchè o *voglia*, o non *voglia*, subito *dopo la morte del testatore* diviene libero, ed erede necessario. Laonde coloro che dubitano della loro facoltà, sogliono istituir erede qualcuno de' loro schiavi, nel primo grado, nel secondo, nel terzo, o più oltre, acciocchè, non essendovi da pagare i creditori, siano i beni posseduti, venduti, o divisi da'creditori *piuttosto a nome dell' erede che di esso testatore.* E per questo incomodo che ne viene allo schiavo, egli *ne riceve questo comodo*, che tutto ciò che acquista dopo la morte del suo padrone, è riservato a lui, e quantunque i beni del morto non fossero abbastanza per pagare i debiti, le cose da lui acquistate per altra causa non si potranno far vendere dai creditori.

Servus heres institutus: Ben inteso allorchè istituito dal suo proprio padrone dee divenire per vigore del testamento libero, ed erede in un tempo medesimo: *si in eadem conditione manserit*, siccome qui sopra abbiamo esposto pag. 369.

Sive velit sive nolit. Per conseguenza o che lo schiavo sia pubere o impubere, ed anche *infans*, o che sia in istato di sana mente o di demenza, l'eredità ugualmente gli è acquistata, perchè l'acquisto si fa di pieno diritto, senza alcun atto di sua volontà.

Post mortem testatoris. L'epoca in cui diviene libero ed erede necessario nel tem-

(1) *Ivi 23, § 1; 31 §§ 2, 3, e 4.*

(2) Lettere di Plinio 5, 1.

(3) Noi troviamo l'enunciazione di questo termine in una costituzione degl' imperadori Graziano, Valentiniano, e Teodosio, messa nel codice Teodosiano *2, 19, 5*; in una costituzione molto anteriore *(anno 259)* degl' imperadori Valeriano, e Galliano nel codice di Giustiniano *5, 28, 16;* ed in fine due frammenti al Digesto possono far pensare che il termine era già esteso a cinque anni al tempo d'Ulpiano, e di Modestino *D. 5, 2, 8, § 17, f. Ulp. — 9, f. Modest.*

(4) *C. 3, 28, 36, § 2, cost. Giust.* Per questa costituzione Giustiniano conferma l'avviso di Ulpiano, e ributta quello di Modestino, il quale voleva far correre il termine dal giorno della morte; Giustiniano impone nel tempo medesimo all'erede istituito l'obbligo di manifestare in questo caso, la sua intenzione intorno all' adizione, nel termine di sei mesi, o di un anno, secondo che abita nella medesima provincia, o al di là.

(5) *D. 5, 2, 6, § 2. — Ivi 7. — C. 3, 28, 5.* — Nel caso particolare di cui nella precedente nota abbiam parlato, se il legittimario morisse prima di spirare il termine prefisso all' istituito per manifestare la sua intenzione, trasmetterebbe l'azione a' suoi discendenti quando anche non l'avesse ancora preparata; ma questo favore non avrebbe luogo per altri eredi diversi da' discendenti.

(6) *C. 3, 28, 35, § 2. — Ivi 34, in fine.* — Malamente si ragionerebbe se da questa costituzione si volesse inferire, che anche l'azione per supplemento si prescriveva in cinque anni.

po medesimo, è quella della morte del suo padrone, se la libertà e l'eredità gli sono state lasciate amendue puramente e semplicemente; e soltanto quella dell'adempimento della condizione, se tutte e due; o eziandio se l'una, o l'altra, sia la libertà, sia l'eredità, gli sia stata lasciata sotto condizione: perocchè la condizione imposta a qualunque delle due cose sospende ugualmente l'altra (1).

Potius ejus heredis bona, quam ipsius testatoris a creditoribus possideantur: « Vale a dire, aggiugne Gaio, affinchè l'ignominia che risulta dalla vendita de' beni ricada sull'erede piuttosto, che sul testatore medesimo; quantunque Sabino, nella sua opera a Fufidio, sia d'avviso che quest'erede dovrebb' esser liberato dall' ignominia, perchè egli soffre la vendita de'beni non per suo proprio vizio, ma per una necessità di diritto; tuttavia noi usiamo d'un altro diritto (*sed alio jure utimur* (2). » Espressione la quale dimostra che l'ignominia, della quale si ragiona, non era una semplice ignominia di opinione, ma un'ignominia di diritto, che produceva degli effetti legali (3).

Illud ei commodum praestatur. Il primo vantaggio ch' egli riceve, dice Teofilo, è innanzi tutto la libertà più preziosa che altra cosa al mondo. Inoltre il pretore gliene dà un secondo, quello che da'commentatori è detto *benefizio di separazione*. La separazione tra i beni del defunto, e quelli dell'erede non era già un privilegio speciale allo schiavo erede necessario. Questo era un dritto più esteso introdotto dal pretore per temperare le rigorose conseguenze della confusione, la quale si operava secondo lo stretto diritto tra i beni del defunto, e quelli dell' erede. Noi troviamo nel Digesto un titolo intero su tal materia, il titolo *de separationibus*, e nel Codice *de separationibus bonorum* (4). La separazione de'beni ottenevasi per decreto del pretore o del presidente (5): essa era più spezialmente stabilita pei creditori dell'eredità, i quali, allorchè l'erede era insolvibile, aveano interesse che i beni del defunto non si confondessero con quelli dell'erede. Lo schiavo erede necessario poteva anch'egli richiedere ed ottenere la separazione de'beni, purchè non avesse per ancora maneggiato i beni dell'eredità (*scilicet si non attigerit bona patroni*). Per effetto di tal separazione, benchè egli restasse sempre erede, e tenuto, secondo lo stretto diritto, a tutt' i debiti del defunto, i creditori non potevano rivolgersi che sopra i beni dell'eredità; tutto quello che lo schiavo divenuto libero acquistava di poi, compresi anche i crediti, che per avventura potesse avere contro il testatore, dovea restar separato, e sicuro dagli attacchi de'creditori ereditari (6).

II. *Sui autem et necessarii heredes sunt veluti filius, filia, nepos neptisque ex filio, et deinceps ceteri liberi qui modo in potestate morientis fuerint. Sed ut nepos, neptisve sui heredes sint, non sufficit eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse; sed opus est ut pater ejus vivo patre suo desierit suus heres esse, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus potestate;* tunc enim nepos, neptisve in locum patris sui succedit. *Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et* vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. *Unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omnimodo* sive velint, sive nolint, *tam ab intestato, quam ex testamento heredes fiunt. Sed his praetor permittit volentibus* abstinere se ab hereditate *ut potius parentis, quam ipsorum bona similiter a creditoribus possideantur.*

2. Gli eredi suoi, e necessari sono il figliuolo, la figliuola, il nipote, la nipote nati del figliuolo, e tutti gli altri discendenti, che sono stati in potestà del morto. Ma acciocchè il nipote, e la nipote siano eredi suoi non basta che fossero stati in potestà dell' avolo al tempo della sua morte, ma bisogna che il padre loro, vivendo suo padre, sia cessato di esser suo erede, o che sia morto, o liberato in qualch' altra maniera dalla potestà del padre; *perciocchè in questo caso il nipote e la nipote succede in luogo di suo padre.* E cotali eredi son chiamati suoi, perciocchè sono eredi domestici, e *sono ad un certo modo giudicati, e tenuti come padroni, anche vivendo il padre*. Laonde se alcuno si muore senza far testamento, i primi a succedere sono i discendenti. Sono eziandio appellati necessari, perchè o *vogliano*, o *non vogliano*, son fatti eredi tanto ab intestato, quanto per testamento. Ma non volendo essi accettar l'eredità, il pretore permette che se ne astengano, acciocchè se i creditori prendano i beni, li prendano piuttosto sotto il nome del morto, che d'essi figliuoli.

Tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit. Ben inteso se si tratta di suc-

(1) *D. 28, 5, §. 1, 3, f. Ulp. — 21, §. 1, f. Pomp. — 28, f. Jul.*

(2) *Gai. 2, § 154.* — Teofilo nella sua parafrasi allegava la medesima ragione.

(3) Come appo noi il fallimento. La vendita dei beni, di cui si trattava al tempo di Gaio, era quella che Giustiniano ha abolita: ved. qui appresso *lib. 3, tit. 12.* E però il nostro testo non dice come Gaio, *bona veneant*; ma *bona a* creditoribus possideantur.

(4) *D. 42, 6. — Cod. 7, 72.*

(5) *D. 42, 6, 1, pr. e § 14, f. Ulp.*

(6) *Ivi § 18.*

cessione *ab intestato*; ma se si tratta di successione testamentaria, poco importa che il nipote, od altro discendente sia o non sia preceduto da alcuno nella famiglia; basta ch'egli sia sotto la potestà del testatore, e validamente istituito da lui, per essere erede suo e necessario. Questo positivamente è detto da Ulpiano, e risulta manifestamente dalla spiegazione che siam per fare di queste parole *heres suus et necessarius* Ma è da notare che, se l'avolo disereda il suo figliuolo per istituire il nipote, costui divenendo alla morte dell'avolo erede suo e necessario, non diviene tale per suo proprio conto, ma sibbene per conto di suo padre che lo precede nella famiglia, e sotto la potestà del quale egli ricade: per modo che questi acquista per diritto di potestà paterna l'eredità, della quale è stato diseredato (1).

Et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. Si avverta bene di non pensare che *suus* si riferisca al testatore, e dinoti che i suoi discendenti eredi erano *suoi*, cioè appartenevano a lui, ed erano sotto la sua potestà: se così fosse sarebbesi dovuto egualmente chiamare *eredi suoi e necessari* gli schiavi istituiti dal loro padrone, perciocchè essi certamente eran *suoi*, cioè appartenevano a lui, e tuttavia questi aveano solo la qualità di *eredi necessari* e non quella *di eredi suoi*. La ragione è che *suus* si riferisce non già al testatore, ma agli eredi medesimi, e dinota che costoro sono eredi di se stessi, e succedono in certo modo a loro medesimi. In fatti tutt'i membri della famiglia, come più volte abbiam detto, formavano in certa guisa un solo essere collettivo, quanto alla proprietà de'beni della famiglia, ciascuno di essi membri era in certo modo parte in questa proprietà, comproprietario col capo: allorchè dunque il capo veniva a morte, i membri della famiglia che gli succedevano, succedevano in certa guisa a se medesimi, prendevano la loro propria eredità, erano loro proprî eredi (*heredes sui*). Questa è la sola spiegazione, che il testo dà di cotali parole, ed è la sola che sia vera. Da ciò si vede perchè gli schiavi che erano estranei alla proprietà della famiglia non erano eredi suoi ma solamente eredi necessarî, benchè essi fossero la cosa del testatore; si vede parimente perchè ogni membro della famiglia il quale fosse sotto la potestà del capo o direttamente, o con altra persona di mezzo, purchè vi fosse, essendo parte nella comproprietà della famiglia, era erede di se stesso, suo proprio erede (*heres suus*) dal momento che era chiamato a raccogliere questo patrimonio domestico, sia pel suo grado *ab intestato*, sia per l'istituzione del capo.

Sive velint, sive nolint. Per conseguenza poca importa se egli sia impubere, o demente; egli non ha bisogno di alcuna autorizzazione, nè del tutore, nè di altri per acquistare l'eredità; essa gli è acquistata di pieno diritto, quantunque egli nol sappia, o nol voglia.

Abstinere se ab hereditate. Questo è ciò che i comentatori chiamano il *beneficio d'astenersi*. Esso consiste nell' esser permesso agli eredi suoi, quantunque l'eredità sia loro acquistata di pieno diritto, di non immischiarsi nella detta eredità, di non fare alcun atto di erede, di rimanervi estranei di fatto; e per questo mezzo il pretore nega ai creditori del defunto ogni azione contro di loro, quantunque secondo lo stretto diritto essi ne siano gli eredi. Questo astenersi degli eredi suoi differisce dalla separazione de' beni conceduta agli schiavi, tanto nella forma, che negli effetti. Nella forma, perciocchè l' astenersi è un fatto puramente passivo: l'erede suo non ha nulla a fare, a dichiarare, o a domandare; gli basta di rimanere nell'inazione, di non immischiarsi per nulla nell'eredità (2); mentre la separazione de'beni per contrarre debb' esser domandata ed ottenuta per decreto del pretore. Negli effetti; perciocchè per effetto di cosiffatto astenersi niun'esecuzione può da'creditori esser diretta contro l'erede suo; mentrechè, non ostante la separazione de'beni, essi conservano le loro azioni contro l'erede necessario, ma solamente fino alla concorrenza de'beni ereditarî. Gli effetti dell' astenersi son perduti per gli eredi suoi, se hanno distornata o fatto distornare qualche cosa dell'eredità (3).

Del resto l'erede suo che si è astenuto non cessa d'esser erede, ma è solo erede di nome. Egli può, in fino a che i beni non sono stati venduti da'creditori (*cum nondum bona venierint; donec paternae in eodem statu permanent*), mutar consiglio, ed accettare l'eredità: niun termine era fissato intorno a ciò dal diritto antico; Giustiniano ne ha fissato uno di tre an-

(1) *D. 29, 2, 6, §. 5, f. Ulp.*

(2) *D. 29, 2, 12, Ulp.* (3) *Ivi 71, §§ 3, a 9.*

ni (1). Dopo la vendita egli nol potrebbe più (2).

Risulta da quel che abbiam detto, che rispetto agli eredi necessarî,ed agli eredi suoi e necessarî non vi è mai *adizione* di *eredità*. Questo atto, pel quale l'istituito acquista volontariamente l'eredità alla quale è chiamato, non ha alcuna relazione ad essi,perciocchè quanto ad essi l'acquisto dell'eredità si fa di pieno diritto. Ma per gli eredi suoi, se non vi è *adizione*, vi è *immischiamento*, atto che trae seco la rinunzia al dritto di astenersi,e che li rende soggetti alle azioni de'creditori. Per immischiarsi validamente, e rimanere obbligato per quest'atto è mestieri che l'erede suo abbia la capacità di farlo: s'egli fosse impubere o pazzo, il suo immischiarsi non l'obbligherebbe punto, e potrebbe sempre astenersi (3).

III. *Ceteri qui testatoris juri subjecti non sunt, extranei heredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti, extranei heredes videntur. Qua de causa et qui heredes a matre instituuntur, eodem numero sunt,quia foeminae in potestate liberos non habent. Servus quoque heres institutus a domino et post testamentum factum ab eo manumissus, eodem numero habetur.*

3. Tutti gli altri che non son sottoposti al testatore, si chiamano eredi estranei. Laonde egli pare che i nostri discendenti, che non sono in nostro potere, istituiti eredi da noi, sieno eredi estranei. E per questa cagione coloro che sono scritti eredi dalla madre son posti nel medesimo numero, percicocchè le femine non hanno in lor potestà i figliuoli. Parimente lo schiavo istituito erede dal suo signore, e francato da lui dopo ch'egli ha fatto il testamento, va messo tra gli estranei.

IV. *In extraneis heredibus illud observatur, ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur, sive hi qui in potestate eorum sunt. Et id* duobus temporibus *inspicitur:* testamenti quidem, *ut constiterit institutio;* mortis vero testatoris, *ut effectum habeat. Hoc amplius* et cum adit hereditatem, *esse debet cum eo testamenti factio, sive pure, sive sub conditione heres institutus sit; nam jus heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est quo adquirit hereditatem.* Medio autem tempore *inter factum testamentum, et mortem testatoris vel conditionem institutionis existentem mutatio juris heredi non nocet, quia, ut diximus, tria tempora inspici debent. Testamenti autem factionem non solum is habere videtur qui testamentum facere potest, sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii adquirere, licet non possit facere testamentum. Et ideo furiosus et mutus, et postumus, et infans et filius familias, et servus alienus testamenti factionem habere dicuntur. Licet enim testamentum facere non possint, attamen ex testamento vel sibi, vel alii adquirere possunt.*

4. Negli eredi estranei s'osserva questa regola, che si abbia fazione di testamento con loro, tanto se essi medesimi, quanto se coloro che sono in loro potestà sieno istituiti eredi, e questo si considera *in due tempi, quando si fa il testamento,* acciocchè l'istituzione vaglia, *e quando il testatore muore*, acciocchè abbia il suo effetto. Di più al *momento che l'istituito fa adizione* dell'eredità, si richiede eziandio che si abbia con lui la fazione di testamento, e non importa s'egli è istituito erede puramente, o sotto condizione. Percicocchè il diritto dell'erede si considera spezialmente in quel tempo nel quale egli acquista l'eredità. Ma in quel mezzo tempo che è tra il testamento fatto, e la morte del testatore, o la condizione posta all'erede, la mutazione del diritto non nuoce all'erede, percicocchè, come detto abbiamo, si hanno a considerar tre tempi. Pare poi che abbia la fazione di testamento non solo colui che può far testamento,ma eziandio colui che può acquistar dall'altrui testamento per se medesimo, o per altri,quantunque egli non possa far testamento. E però si dice che il pazzo, il muto, il postumo, il bambino, il figliuol di famiglia, e l'altrui schiavo hanno fazione di testamento; perocchè quantunque non possano far testamento, nondimeno possono acquistare per loro medesimi, o per altri.

Gli eredi *esterni* che formano il terzo ordine di eredi, non acquistano altrimenti l'eredità che per la loro propria volontà, e per tal ragione i comentatori li han chiamati eredi volontarî. Innanzi di esporre come la loro volontà debb'esser manifestata, il testo s'intrattiene a spiegare in quali epoche debbono questi eredi esser capaci.

Intorno a ciò facciamo da prima osservare, che per gli eredi estranei si vuol distinguere tra l'eredità deferita, e l'eredità acquistata. L'eredità è ad essi deferita dal momento che il loro diritto trovasi aperto o per la morte del testatore, se sono stati istituiti puramente e semplicemente, o per l'adempimento della condizione, se la loro istituzione è condizionale. Da questo momento essi possono, se vogliono, acquistar l'eredità, ma non è per ancora acquistata: vi è mestieri dell'adizione, cioè dell'accettazione, perchè essa si acquisti. Siffatta distinzione non ha luogo rispetto agli eredi necessarî, ed agli eredi suoi; percicocchè l'eredità si acquista loro di pieno diritto nel mede-

(1) *D. 28, 8, 8, f. Ulp. Cod. 6, 30, 6.*

(2) *Ivi Ved. tuttavia D. 42, 5, 6, pr. f. Paul.*, speciale al pupillo. — È quistione controversa se poteva esservi o diritto di accrescimento pel coerede, della porzione di colui che erasi astenuto, o devoluzione al sostituito, o all'erede susseguente. La risoluzione debb'esser negativa.

(3) *D. 29, 2, 11, e 57, pr.*

simo tempo che ad essi è deferita. Ciò posto, la capacità degli eredi estranei si ricerca in tre epoche.

Duobus temporibus, dice il testo; ma questo computo non è perfetto, perciocchè immediatamente vi aggiugne una terza epoca, e dice allora: *tria tempora inspici debent*. Queste tre epoche sono:

1. *Testamenti quidem*: il testo ce ne indica la necessità: per fare cioè che sia validamente fatto il testamento (*ut constiterit institutio*), il quale senza di ciò sarebbe nullo da principio. La storia ce ne dà la spiegazione: al tempo del testamento *calatis comitiis*, perchè un cittadino potesse esser ammesso da'comizî come successore, come continuatore della persona di un altro che testava, era necessario che esistesse e godesse de'diritti di cittadinanza (p. 337 nota 1.) sotto la primitiva forma del testamento *per aes et libram*, era ciò parimente indispensabile, affinchè il futuro erede avesse potuto intervenire nella mancipazione, comperare il patrimonio, rendersi *emptor familiae*. Le forme furon mutate, e con esse disparve in fatto la necessità, ma il principio giuridico rimase tuttora. Noi non l'abbiamo ammesso nella nostra legislazione:

2. *Mortis vero testatoris*: epoca in cui il diritto dell'istituito si apre, si effettua, si ferma sul suo capo, perchè questo possa aver luogo (*ut effectum habeat*) è mestieri evidentemente ch'egli sia capace in tal momento. Avvertiamo che se la istituzione fosse condizionale, questa seconda epoca, di cui ragioniamo, non potrebbe esser altra che quella dell'adempimeno della condizione, perciocchè solamente allora si aprirebbe il diritto. Adunque non sarebbe più da considerare il momento della morte, ma in sua vece quello dell'adempimento della condizione;

3. *Et cum adit hereditatem*: perchè solamente allora egli acquista l'eredità (*quod adquirit hereditatem*); or, acciocchè possa acquistare è necessario ch'egli sia capace. Dal che seguita che se l'erede istituito si muoia dopo l'apertura della successione, ma innanzi che abbia fatta l'adizione, i suoi diritti svaniscono, e non si trasmettono a'suoi successori, essendochè essi erano aperti, ma non ancora acquistati. Tale era il diritto rigoroso; non pertanto noi vedremo ch'esso fu alquanto mitigato.

Medio autem tempore. Vi ha due tempi intermedî a considerare: 1. quello che sta tra la formazione del testamento, e l'apertura de' diritti avvenuta o per la morte del testatore, o per l'adempimento della condizione; 2. quello ch'è posto tra l'apertura de'diritti, e l'adizione. I mutamenti di stato, e di capacità nella persona dell'istituito, durante il primo intervallo non nuocciono punto; così poco importa ch'egli abbia sofferto diminuzione di capo, sia stato fatto schiavo, o deportato dopo la formazione del testamento, e prima dell'apertura de'diritti, purchè all'epoca di siffatta apertura egli sia tornato cittadino: egli non ha perduto nulla, perciocchè non avea ancora alcun diritto aperto, ma solamente una speranza, ed al momento che questa speranza si è effettuata egli era capace. Ma il medesimo mutamento sopravvenuto nel secondo intervallo dopo l'apertura del diritto fa perdere irrevocabilmente questo diritto, e l'istituito non potrebbe più fare l'adizione, quando anche ricuperasse dipoi la sua capacità (1).

Tutto ciò che qui sopra abbiam discorso non era applicabile agli eredi necessarî ed agli eredi suoi, se non per le due prime epoche: quella della formazione del testamento, e quella dell'apertura dei diritti; essendochè per essi questi diritti si acquistavano così tosto, come erano aperti.

V. ***Extraneis autem heredibus deliberandi potestas est de adeunda hereditate vel non adeunda. Sed sive is cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditatis; sive extraneus, cui de adeunda hereditate deliberare licet, adierit, postea relinquendae hereditatis facultatem non habet nisi minor sit viginti quinque annis. Nam hujus aetatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis deceptis, ita et si temere damnosam hereditatem susceperint, praetor succurrit.***

5. Gli eredi estranei *hanno facoltà di deliberare* se debbano, o no accettare l'eredità. Ma se quegli che avea libertà di astenersi siasi immischiato ne'beni dell'eredità, o se l'estraneo al quale è lecito deliberare se gli convenga accettar l'eredità, l'abbia accettata, non può lasciarla più, se non avesse per avventura meno di venticinque anni; perciocchè il *pretore soccorre* a cosiffatta età, siccome in tutte le altre cose in cui vi sia inganno, così eziandio in questa, ogni volta che sconsigliatamente si fosse accettata un'eredità dannosa.

Deliberandi potestas. Questo paragrafo è relativo a ciò che addomandasi *diritto*

(1) *D.* 28. 2, 29, § 5, *f. Scaev.*

di d … rare. Il Digesto ed il Codice han- no … uno un titolo speziale intorno a que … materia (1).

N … iritto civile l'erede, salvo il caso di u … particolare istituzione, di cui a- vre … ra breve a far parola, non era sog- ge … d alcun termine nel quale doves- se … essariamente accettare, o ripudia- re … redità. Ma da un altro lato le per- so … e quali aveano interesse ch'egli ma- ni … asse la sua volontà, come sarebbe a … i creditori, i legatarî, i sostituiti, p … ano chiamarlo in giudizio, accioc- c … ichiarasse se era erede (*an heres s* … ed egli allora era tenuto di dichia- ra … . In questo stato di cose il pretore o … ò pel suo editto, che l'erede potesse do … dare un termine per deliberare in- nan … rispondere: « *Si tempus ad deli- bera … petet, dabo.* » Queste erano le parol … ll' editto (2). Così il termine per delibe … era domandàto dall'erede sul- la ista … diretta contro di lui (3). Que- sto ter … e non dovea esser meno di cento g … i (4). Giustiniano stabilisce che i Mag … ti abbiano licenza di conce- dere fino … ove mesi, ma che per darsi un anno … ecessario ricorrere all' im- peradore. … scorso il termine fissato, l' erede do … necessariamente accettare o rinunziar … se ciò non faceva, rispet- to al sostit … o agli eredi *ab intestato*, se questi av … fatto istanza, era repu- tato rinunzia … (5); e rispetto a' credito- ri o legatarî … questi l'aveano chiamato in giudizio, … reputato accettante, per il semplice d … rrimento del termine (6). Secondo u … ostituzione di Giustiniano, s' egli si … va prima che fosse decorso il termi … dato a deliberare, tra l'anno dall'a … ura de'suoi diritti, egli trasmet- teva … uoi eredi quel che rimaneva di ques … nno, con la facoltà di deliberare e dic … arsi in sua vece (7). E questa fu una … ibile derogazione al diritto civile, perc … hè, a rigore, essendo morto pri- ma … ver accettato, non avrebbe dovu- to t … etter nulla a' suoi eredi.

Q … unque il termine per deliberare foss … clusivamente ordinato per gli ere- di … , poteva nondimeno essere ot- te … li eredi suoi, allorchè non es- se … mischiati nell'eredità, e volen- d … re, secondo i casi, del diritto ch … di accettarla, fino a che non se ne fosse fatta la vendita da' creditori, domandavano un termine per deliberare intorno a ciò, e far soprassedere in que- sto mezzo dalla vendita (8).

Praetor succurrit. Questo è il soccorso che addomandasi *restitutio in integrum* dato generalmente dal pretore ai minori di venticinque anni, in tutti gli affari, in cui la loro inesperienza avea potuto ca- gionar loro del danno: soccorso del qua le di già abbiam trattato p. 184. 186.

VI. *Sciendum tamen est divum Hadrianum etiam majori XXV annis veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande aes alienum, quod aditae hereditatis tempore latebat, emersisset. Sed hoc quidem divus Hadrianus speciali beneficio praestitit. Divus autem Gordianus postea in militibus tantummodo hoc extendit. Sed nostra benevolentia commune omnibus subjectis imperio nostro hoc beneficium praestitit, et constitutionem tam aequissimam, quam nobilem scripsit, cujus tenorem si observaverint homines, liceat eis adire hereditatem, et in tantum teneri quantum valere bona hereditatis contingit; ut ex hac causa* neque deliberationis auxilium eis fiat necessarium, *nisi omissa observatione nostrae constitutionis, et deliberandum existimaverint, et sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.*

6. Nondimeno si ha da sapere che il divino Adriano dette licenza eziandio ad un maggiore di XXV anni di lasciare l' eredità accettata, perchè dopo l' accettazione si erano scoperti grandissimi debiti, i quali per innanzi erano occulti. Ma quel che il divino Adriano concesse a persona particolare, il divino Gordiano estese solamente a' soldati. Ma la nostra benevolenza, ha voluto che questo beneficio sia comune a tutti coloro che sono sotto il nostro imperio, ed ha scritto una costituzione tanto nobile quanto giusta, il contenuto della quale se sarà osservato sarà lecito di accettare l' eredità, e di esser tenuto solamente in quanto valgono i beni dell' eredità. Laonde per questo non si ha bisogno di pensar se si debba accettare o no, salvo se alcuno omette di osservar le regole della nostra costituzione, giudicando, esser meglio deliberare, e sottoporsi ai gravami antichi che porta seco l' adizione.

Questo paragrafo è relativo a ciò che i commentatori han chiamato il *beneficio d' inventario.* Noi vediamo dal testo in qual maniera questo diritto speziale si è gradatamente introdotto. In fatti, secondo il diritto civile, l' erede che ha accettato non può più rivenire contro la sua accettazione: egli è obbligato a tutt' i debiti e pesi della successione, anche oltre ai beni che la compongono. Se la succes-

… 28, *De jure deliberandi. Cod. 6. 30.*
… 8, 1, § 1. *f. Ulp.*
… 1, 5, *f. Gai.* — 6. *pr. f. Ulp.*
… 1, *f. Paul.*
(5) *D. 29, 2, 69.*
(6) *Cod. 6, 30, 22, § 14.*
(7) *C. 6, 30, 19.*
(8) *D. 28, 8, 8, f. Ulp.*

sione trovavasi più dannosa che utile, i minori di XXV anni potevano bene farsi restituire in intero dal pretore, ma non era lo stesso pe' maggiori di XXV anni. Nondimeno sull'esempio dato da Adriano gl' imperadori concedeano a qualcuno delle restituzioni eccezionali, per ispeciale rescritto, e per particolari ragioni, come sarebbe la scoverta di debiti da prima occulti. Più tardi l'imperadore Gordiano rendè generale questo favore pe' soldati, e volle ch'essi non fosser mai obbligati oltre le forze della successione. Finalmente Giustiniano trasforma questo privilegio in diritto comune, a favore di tutti coloro che avranno fatto fare un inventario di tutte le cose che compongono l' eredità.

L' inventario doveasi cominciare nei trenta giorni da che l' erede aveva avuto notizia de' suoi diritti, e terminare fra altri sessanta giorni; ovvero se i beni erano troppo lontani, fra l'anno da che si era avuta la detta notizia. Esso dovea farsi in presenza del notaio, de' creditori, de' legatarî, e de' terzi interessati; o in loro mancanza, di tre testimoni.

I principali effetti dell' inventario erano: 1. che l'erede non era obbligato ad alcun debito, o peso oltre le forze della successione; 2. che non avveniva confusione tra i suoi diritti, e quelli del defunto; così egli conservava contro l' eredità le azioni che avea contro il defunto e reciprocamente; 3. ch' egli avea il diritto di farsi compensare delle spese funebri, d' inventario, ed altre che fossero state necessarie. Egli pagava i creditori ed i legatarî nell' ordine che si presentavano, salvo a quelli ch' erano gli ultimi a venire, e pe' quali non rimaneva nulla, il diritto di rivolgersi contro i primi, se per avventura avessero alcun diritto di preferenza su loro.

Queste sono, in breve, le disposizioni essenziali della costituzione di Giustiniano, alla quale il testo ci rinvia (1).

Neque deliberationis auxilium eis fiat necessarium. Giustiniano col beneficio di inventario non avea abolito quello di deliberare, ma non li avea però cumulati l' uno con l' altro. Si aspettava agli eredi lo scegliere quale de' due meglio volessero. Se facevano l'inventario, per questo semplice atto s' intendevano accettare, ma non erano obbligati che fino alla concorrenza de' beni ereditarî. Se domandavano il termine per deliberare, potevano allo spirare del termine ripudiare, o accettare; ma in caso di accettazione erano tenuti de' debiti anche oltre al valore de' beni.

VII. *Item extraneus heres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus potest,* aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate *suscipiendae hereditatis heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tamquam heres utatur, aut vendendo res hereditarias, aut praedia colendo, locandove, et quoquo modo si voluntatem suam declaret,* vel re, vel verbis *de adeunda hereditate:* dummodo sciat *eum in cujus bonis pro herede gerit* testatum intestatumve obiisse, et se ei heredem esse. *Pro herede enim gerere est pro domino gerere; veteres enim heredes pro dominis appellabant. Sicut autem nuda voluntate extraneus heres fit,* ita contraria destinatione statim ab hereditate repellitur. *Eum qui* surdus vel mutus *natus, vel postea factus est, nihil prohibet pro herede gerere, et adquirere sibi hereditatem, si tamen intelligit quod agitur.*

7. Simigliantemente l' estraneo istituito erede, nel testamento, ovvero chiamato a legittima eredità ab intestato, può, facendo da *erede o anche per la nuda volontà d'accettar* l'eredità, divenire erede. E pare che colui faccia da erede, il quale usa le cose dell'eredità come erede o vendendole, o coltivandole, o dandole in affitto, o in qualunque altro modo, dichiarando *o con fatti, o con parole* la sua volontà di accettare, *purchè però abbia saputo* d' esser *erede ab intestato o per testamento* di colui, ne' beni del quale egli fa da erede. Perciocchè far da erede è appunto far da padrone, giacchè gli antichi invece di padrone dicevano erede. Ma siccome l' estraneo diviene erede per nuda volontà, *così per la contraria volontà è* subito rimosso dalla eredità. Colui che è *nato sordo o muto,* ovvero dipoi è diventato muto o sordo può senza impedimento niuno far da erede ed acquistarsi l'eredità, purchè egli intenda quel che fa.

Questo paragrafo tratta dell'adizione, e della rinunzia delle successioni; della forma, del tempo, e delle altre condizioni da osservarsi a tal riguardo.

La parola *adizione*, la cui etimologia è tanto espressiva (*adire hereditatem*, cioè *ire ad hereditatem*, andare all' eredità) è il termine generale che dinota l' accettazione dell'eredità fatta da colui che vi è chiamato. L' adizione poteva anticamente aver luogo in tre modi: per una dichiarazione sacramentale che addomandavasi *crezione*; per la manifestazione espressa, ma non sacramentale, scritta o verbale, della volontà di accettare, e questa dicevasi più particolarmente *adi-*

(1) *C. 6, 50, 22.*

zione, prendendo questa parola in un senso più ristretto; o in fine per via di atti di erede, i quali per se soli, e di fatto indicavano che alcuno aveva accettato, giacchè operava come un erede (*pro herede gerere*).

La crezione avea luogo solamente quando il testatore l'avea egli medesimo comandato nel testamento. Lo scopo era di fissare all'erede un termine per esaminare l'eredità, deliberare, e farne l'accettazione sacramentale, e passato inutilmente il detto termine l'erede decadeva dal suo diritto. La formola d'un'istituzione fatta con crezione era questa: «*Heres Titius esto:* » si aggiungeva « *Cernitoque in centum diebus proxumis, quibus scies, poterisque; quod ni ita creveris exheres esto.* » Il termine di cento giorni era il più usato, non pertanto il testatore era libero di fissarne uno più lungo, o più breve. L'erede prima di spirare il termine dovea accettare con queste parole: « *Quod me Publius Titius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque.* » In fino a che il termine non era trascorso, anche se avesse dichiarato di non voler essere erede, poteva ritrattarsi, e fare la crezione; perciocchè egli non altrimenti decadeva che pel decorrimento del termine. La crezione, di cui qui abbiam dato un esempio, era quella che chiamavasi volgare (*vulgaris cretio*) nella quale il termine imposto all'erede non dovea cominciare a decorrere che dal giorno ch'egli ne avrebbe la notizia, e il potere (*quibus scies poterisque*). Ma, se il testatore avesse tralasciate nella formola queste parole, il termine cominciaciava a decorrere immediatamente dopo l'apertura de' diritti, e la crezione allora chiamavasi continua (*continua haec cretio vocatur*). Siccome questa era più rigorosa, più dura che l'altra, era meno usata (*quia tamen dura est haec cretio, altera magis in usu habetur*). Di tal fatta era la crezione, parola di cui Gaio ci dà l'etimologia: « *Cretio appellata est, quia cernere est quasi decernere et constituere.* » Siffatta istituzione, se si faccia astrazione dal rigore sacramentale de' termini, era di grande utilità soprattutto prima che il pretore avesse col suo editto stabilito che egli darebbe un termine per deliberare essendochè il testatore dava egli medesimo questo termine, ed impediva che la sua eredità rimanesse incerta. Tuttavia la crezione che era ancora in voga al tempo di Gaio e d'Ulpiano, da' quali abbiam tolti questi particolari (1), fu espressamente abrogata nel 407 da una costituzione d'Arcadio, Onorio, e Teodosio, che si trova nel Codice (2). Adunque sotto Giustiniano non se ne fa più motto. Rimangono solamente le altre due maniere d'accettare, cioè:

Aut pro herede gerendo, facendo atti da erede, o secondo le altre parole del testo *re*, col fatto. Abbiamo qui parecchi esempî di cotali atti; bisogna sempre giudicarli dall' intenzione che manifestano: se indicano chiaramente la volontà di esser erede, e di operare in questa qualità, importano adizione, ma sarebbe tutt' altramente se fossero solo il risultamento d'un errore, o costituissero semplici provvedimenti di conservazione (3).

Aut etiam nuda voluntate, o come più appresso dice il testo *vel verbis*, cioè per la semplice dichiarazione, per la sola espressione della volontà: e questa è l'adizione propriamente detta. Questa dichiarazione non è soggetta ad alcuna forma.

Dummodo sciat testatum, intestatumve obiisse, et se ei heredem esse: niuna adizione può esser validamente fatta prima della morte del testatore, o prima dell'adempimento della condizione, quando si tratti di un'istituzione condizionale; i fatti, i diritti non essendo ancora aperti non possono essere accettati. Non basta che i diritti sieno aperti per la morte, o per l'adempimento della condizione, è necessario ancora che l'erede ne abbia notizia e certezza, altrimenti che cosa potrebbe mai significare l'accettazione ch' egli facesse nell'ignoranza, o nel dubbio del suo diritto? È necessario inoltre ch'egli sappia di essere erede, perciocchè gli atti ch'ei farebbe ignorando siffatta qualità, ed operando per esempio, come mandatario, gerente di affari, non importerebbero adizione da parte di lui; che sappia s'egli è erede per testamento, o *ab intestato*, altrimenti non conoscendo la natura dell'eredità, non saprebbe che cosa accetta: l'accettazione ch'ei farebbe per l'una, forse non la farebbe per l'altra; ed in fine è per la medesima ragione, che sappia in forza di qual testamento è erede, ma non

(1) *Gai*, 2, §. *164*, *e seg.*
(2) *Ulp. Reg.* *22*, *27*, *e seg.*
(3) *Pro herede gerere* prendesi anche in un senso generale per ogni atto o parola che importa qualità di erede, comprendendovi eziandio l' adizione espressa.

è necessario che siasi già fatta l'apertura delle tavole del testamento (1). Queste sono le condizioni per la validità dell'adizione: senza di esse l'adizione sarebbe un atto interamente nullo, e come non avvenuto (2).

Nel caso particolare che si fosse trattato dell'eredità d'un cittadino morto vittima d'un assassinio, le tavole del testamento non si potevano aprire, nè poteva farsi l'adizione prima che si fosse proceduto alla questione degli schiavi del morto conformemente a ciò che ordinava il senato-consulto Silaniano; e ciò per tema che l'erede non contribuisse per interesse, ad occultare il delitto degli schiavi (3).

Ita contraria destinatione statim ab hereditate repellitur. La rinunzia dell'eredità del pari che l'adizione può aver luogo o per formale dichiarazione, o per via di atti che sufficientemente ne manifestino la volontà: « *Recusari hereditas non tantum verbis sed etiam re potest, et alio quovis iudicio voluntatis* », dice Paolo nelle sue sentenze, e noi troviamo questo passo riprodotto nel Digesto (4). Essa non può aver luogo che nelle medesime circostanze in cui l'adizione potrebbe aver luogo. « *Si in ea causa erat hereditas ut et adiri posset* » (5). Non altrimenti che l'adizione, essa è pure irrevocabile: chi ha rinunziato non può più ritrattarsi, salvo se egli si trovi nel caso di ottenere una *restitutio in integrum* (6); ma nulla il potrebbe impedire dall'accettare, se l'eredità ch'egli ha rinunziata, gli fosse deferità per un altro titolo, per esempio, come sostituito, o come erede *ab intestato* (7).

Qui surdus vel mutus. Qui si dee esaminare quali sono le persone che possono o non possono accettare, o ripudiare un'eredità. Noi abbiam già trattato quest'argomento a proposito del pupillo, pagina 174.

Abbiamo veduto che l'accettazione e la rinunzia erano tra quegli atti, che non potevano esser fatti per mezzo di procuratori, e che la persona interessata dovea fare da se medesima. Da ciò risultava che il pupillo *infans*, ed il pazzo non potevano accettare l'eredità, alla quale eran chiamati, nè in loro vece il tutore o il curatore. Nondimeno però Teodosio e Valentiniano dettero licenza al tutore di accettare pel pupillo *infans* (8), e Giustiniano risolvendo i dubbi quanto al pazzo, permise al curatore di domandare per lui il possesso de' beni (9). Il pupillo al di sopra dell' infanzia poteva accettare con l'autorizzazione del suo tutore (10). Il prodigo interdetto poteva accettare per la sua sola volontà (11); il sordo-muto facendo atti da erede, purchè comprendesse il suo diritto, ed il valore de'suoi atti. I minori di XXV anni potevano ottenere la *restitutio in integrum* contro la loro accettazione; quanto a coloro ch'erano in potestà d'altri non potevano altrimenti accettare che col consentimento, e per comando del capo. Era lecito al capo di accettare egli medesimo pel suo figliuolo di famiglia *infans* (12). Del resto tutto ciò che abbiam detto dell'accettazione si applica parimente alla rinunzia.

AZIONI RELATIVE ALLE EREDITA' TESTAMENTARIE.

Innanzi tutte le altre si debbono porre le azioni di petizione di eredità (*hereditatis petitio*), e di divisione (*familiae erciscundae*), le quali non alle sole eredità testamentarie, ma a tutte sono applicabili.

La petizione d'eredità (*hereditatis petitio*) si dà a colui che si pretende erede o per se stesso, o per altrui, per richiedere e ricuperare il suo diritto ereditario dalle mani di coloro che ritengono, in pregiudizio del suo diritto, o l' eredità, o una parte o una cosa, o un diritto qualunque di questa eredità. Siffatta azione è reale, ma può trar seco anche delle condanne personali. Lo scopo di quest'azione è di rivendicare non già un oggetto, una cosa in particolare, ma sibbene il diritto stesso d'eredità. L'attore so-

---

(1) *Cod. 6, 51, 1, §. 1.*
(2) Ved. su tutti questi punti *D. 29, 2, 19, 22, 52, pr. e §§. 42, 43; 51, pr. e 84.*
(3) *D. 29, 5, 3, §§. 18, e 29.*
(4) *Paul. Sent. 3, 4, 1. — D. 29, 2, 95.*
(5) *D. 29, 2, 13, f. Ulp.*
(6) *Cod. 6, 31, 4.*
(7) *D. 29, 2, 76, § 1,—17, f. Ulp.* È da notare che secondo questo frammento di Ulpiano la rinuncia fatta come erede istituito non importa rinuncia come erede legittimo, ma la rinunzia fatta come legittimo erede, sapendo di essere erede istituito, importa rinunzia in tutte e due queste qualità; perciocchè rinunziare all'eredità legittima, la quale non può venire che in mancanza dell' altra, fa suppore in certo modo che si sia tacitamente ed in prima rinunziato all' eredità testamentaria che la precede.
(8) *C. 6, 30, 18, § 2.*
(9) *Cod. 5, 70, 7, § 3.*
(10) *D. 29, 2, 9, f. Paul.*
(11) *D. 29, 2, 5, § 1.* (12) *C. 6, 30, 18.*

stiene ch'egli è erede, in tutto o in parte, ciò poco importa; e come conseguenza di questa qualità egli reclama la restituzione delle cose ereditarie. Dal che segue che la petizione di eredità non può esser esercitata contro ogni detentore, ma solamente contro coloro, il cui titolo di possesso costituisce una negazione, un'usurpazione del dritto ereditario del reclamante. E però si dà contro coloro che posseggono *pro herede*, cioè nella qualità di eredi a qualunque titolo sia per legge, sia per testamento, fedecommesso, o possessione di beni; si dà eziandio contro coloro che posseggono *pro possessore*, cioè senz'altro titolo, che il fatto del loro possesso, senz'invocare alcun diritto, e che interrogati su questo punto rispondono: *possideo quia possideo*; ma que' che posseggono la cosa perchè sia stata loro donata, legata, venduta (*pro donato*, *pro legato*, *pro empto*), o per qualunque altro titolo singolare, questi non contrastano in alcun modo la qualità di erede del reclamante, non pretendono di attribuirsi per nulla codesta qualità, l'erede dunque non già per la petizione, ma per altre particolari azioni può, secondo i casi, reclamare, se vi ha luogo, le cose possedute da costoro. L'azione di petizione di eredità si estingue per la prescrizione di trent'anni (1).

L'azione *familiae erciscundae* ha per fine di far seguire la divisione dell'eredità; essa si dà all'erede contro il suo coerede; può aver luogo soltanto dopo l' adizione tra coloro che non si contendono la qualità di erede; perciocchè se questa contestazione fosse insorta, sarebbe mestieri in prima farla giudicare per la petizione di eredità. Essa è applicabile all' universalità della successione, e non ad oggetti particolari. L'ufficio del giudice è di aggiudicare a ciascuno la sua parte ereditaria, e di condannare in oltre, se vi ha luogo, gli eredi a talune prestazioni personali l'uno rispetto all'altro. L'azione *familiae erciscundae* è imprescrittibile in questo senso, che in fino a che i coeredi restano nell'indivisione, essa può essere intentata per far cessare siffatta indivisione, qualunque sia il tempo che questa è durata; ma rispetto a coloro che han posseduto separatamente certe parti ereditarie, come per una divisione di fatto, l'azione *familiae erciscundae*, per far eseguire una divisione di diritto, rimane prescritta col decorrimento di trent'anni (2).

A queste azioni generali per tutte le eredità sì legittime, come testamentarie, bisogna aggiugner le azioni speciali al caso d'eredità testamentaria, cioè l'azione contro il testamento inofficioso (*querela inofficiosi testamenti*), che è una spezie particolare di petizione d'eredità *ab intestato* contro coloro che sono stati inofficiosamente istituiti; l'azione di supplemento della legittima; e l'azione contro le donazioni inofficiose (*querela inofficiosae donationis*), di cui qui sopra abbiam sufficientemente ragionato.

(1) *D. 5, 5, — C. 3, 31.*

(2) *D. 10, 2. — Cod. 3, 36, e 38.*

REASSUNTO DEL LIBRO SECONDO

(TITOLO X. A XIX.) — SUCCESSIONI PER UNIVERSALITÀ — EREDITÀ TESTAMENTARIE.

Le successioni per universalità aveano luogo non solamente per morte, ma eziandio, in più casi, tra vivi. Queste ultime sotto la legislazione delle Istituzioni sono abolite, rimangono soltanto le prime, cioè *le eredità*.

La parola *eredità*, ha due significazioni: essa significa o la successione all'universalità de' beni e de' diritti d' una persona defunta, o quest' universalità in se medesima, l'insieme del patrimonio, che altra volta dicevasi *familia*.

Fino a tanto che l'eredità non è ancora acquistata, essa sostiene e continua per se stessa la persona del defunto.

L'eredità si deferisce per testamento o per la legge; questa però vien solamente in difetto dell'altra; queste due specie di eredità si escludono assolutamente, per

modo che generalmente niuno può essere parte testato, e parte intestato.

FORME DE' TESTAMENTI.

Gli antichi romani ebbero due sorte di testamenti: l' uno fatto in pace, e tranquillità nei comizî speciali detti *calata comitia*, onde venne a questo testamento il nome di *testamentum calatis comitiis*; l'altro fatto in sul punto di andare a combattere in presenza dell' esercito ordinato e sotto le armi (*in procinctu*); a queste due forme primitive di testare se ne aggiunse una terza, il testamento *per aes et libram* per mezzo del quale il patrimonio considerato come cosa *mancipi*, si vendeva in massa dal testatore con le formalità della mancipazione ad un compratore (*familiae emptor*), il quale a principio era lo stesso erede futuro, ma più tardi fu un terzo, che interveniva per semplice formalità *propter veteris juris imitationem*. Da quel tempo il testamento *per aes et libram* si compose di due distinte formalità: la mancipazione dell'eredità (*familiae mancipatio*) e la nuncupazione del testamento (*nuncupatio testamenti*), o formale dichiarazione che il testatore faceva della sua volontà.

Il diritto pretorio abolì la necessità della mancipazione; ma richiese l'apposizione esteriore de' suggelli di sette testimoni. Gl'imperadori aggiunsero a questa formalità quella della *sottoscrizione*, cioè dell'apposizione interiore delle firme del testatore, e de' testimoni. Ed allora dalla fusione del diritto civile col diritto pretorio, e col diritto imperiale ebbe origine la forma del testamento che si usava sotto Giustiniano, e che i comentatori addomandarono *testamentum tripartitum*, perciocchè esso deriva da un triplice fonte; testamento che debb'esser fatto in un sol contesto, con l' assistenza di sette testimoni specialmente convocati, la sottoscrizione loro, e del testatore, e da ultimo i loro suggelli.

Non possono far da testimoni: le donne, gl'impuberi, gli schiavi, i pazzi, i sordi, i muti, i prodighi interdetti; le persone dichiarate malvage, ed indegne di testare, i membri della famiglia del testatore, o dell' erede, e neppure lo stesso erede, quantunque il potesse secondo il diritto civile nel testamento *per aes et libram* al tempo che il *familiae emptor* era semplicemente un terzo che interveniva. Ma i legatarii, i fedecommessarii, ed i membri delle loro famiglie possono esser testimoni. Del rimanente le condizioni di capacità debbono riguardarsi, ne' testimoni, al momento della formazione del testamento.

Generalmente niuno può aver più di un testamento; ma lo stesso testamento può farsi in originali.

Non è indispensabile che il testamento sia fatto per iscritto. Se esso sia fatto per una semplice nuncupazione verbale in presenza del numero legale de' testimoni, è valido.

I soldati ottennero dalle costituzioni imperiali molti importanti privilegi in quanto a' loro testamenti sì per la loro propria capacità di testare, sì per la capacità di coloro a' quali volevano lasciare i loro beni, sì per la forma dell' atto, e sì per l'estensione e la forma delle loro disposizioni. Quanto alla forma la regola è che la loro volontà, in qualsivoglia modo provata, purchè sia stata seriamente espressa, basta per costituire un testamento valido. Ma questi privilegi han luogo fino a tanto che son soldati, nel campo, ed in ispedizione. Ed eziandio dopo il congedo il testamento militare conserva la sua validità per lo spazio di un anno.

Vi sono ancora degli altri testamenti dispensati dalle forme ordinarie a cagione di alcune circostanze eccezionali.

Per testare si dee avere la *fazione di testamento*. Questa frase a principio significava il potere di concorrere alla formazione d'un testamento sia come testatore, sia come *familiae emptor*, sia come testimone. Ma fin dal tempo di Gaio e d' Ulpiano il senso ne era modificato: essa significava due cose: 1° la capacità di fare un testamento; 2° quella di ricevere e di acquistare per se o per altrui dal testamento di un altro.

La fazione di testamento in persona del testatore si compone del diritto di avere un testamento, e della capacità di esercitare questo diritto. A questo riguardo sono a considerar due epoche: quella della formazione del testamento, e quella della morte; di più il tempo di mezzo. La capacità di esercitare il diritto si richiede soltanto alla prima di queste epoche, ma il diritto in se stesso si richiede nelle due epoche, ed anche nel tempo di mezzo dalla formazione del testamento fino alla morte senz'interruzione, salvo i temperamenti arrecati dal diritto pretorio a siffatto rigore di principî.

La fazione di testamento non era di diritto privato, ma di diritto pubblico, era

necessario che si fosse ricevuta dalla legge.

Gli schiavi, i prigioni appresso gl' inimici, *i peregrini*, coloro il cui stato era incerto e dubbioso, quei ch'eran dichiarati *intestabiles*, da ultimo i figliuoli di famiglia non l'aveano punto. Non per tanto rispetto al prigioniero presso al nemico, il testamento fatto in cattività era sempre nullo checchè succedesse di poi, ma quanto al testamento fatto prima della cattività esso era valido sì nel caso di ritorno in città per effetto del *postliminium*, e sì nel caso di morte tra gl' inimici per effetto della legge *Cornelia*. Rispetto a' figliuoli di famiglia, fu loro permesso di testare da prima sul peculio castrense, e di poi sul peculio quasi-castrense.

Gl'impuberi, i pazzi, i prodighi interdetti, i sordi e muti che non avean modo di manifestare la loro volontà erano privi non già del diritto di avere un testamento, ma della capacità di farlo. I ciechi non potevano altrimenti testare che con le formalità prescritte dall'imperadore Giustino.

DISEREDAZIONI

Non ostante la latitudine che il diritto primitivo lasciava al capo di famiglia intorno alla disposizione testamentaria dei suoi beni, questi era obbligato tanto per interpetrazione, quanto per l'autorità dei pretori, e degl'imperadori d' istituire, o diseredare formalmente coloro, che essendo posti sotto la sua potestà, doveano essere suoi eredi per disposizione della legge.

La diseredazione si faceva in due modi: o nominatamente: *Titius filius meus exheres esto*; o collettivamente (*inter caeteros*): *caeteri exheredes sunto*. Del rimanente perchè vi fosse luogo a diseredare un discendente, era assolutamente necessario che questi fosse erede suo; perciocchè per rimuoverlo dall' eredità era mestieri che vi fosse chiamato.

Secondo il diritto civile siccome i discendenti soggetti, senz'altra persona di mezzo, all'autorità del capo erano i soli eredi suoi, così essi soli doveano esser diseredati: eravi riguardo ad essi una differenza tra i figliuoli maschi nel primo grado, e le figliuole, nipoti, od altri; i primi doveano esser diseredati nominatamente, e la loro omissione rendeva nullo il testamento fin dal principio; gli altri potevano esser diseredati in massa (*inter caeteros*, ed in caso di omissione aveano solamente il diritto di venire in concorso per una determinata parte, con gli eredi istituiti.

I postumi essendo persone incerte non potevano, secondo il diritto civile, nè essere istituiti, nè diseredati anticipatamente: la loro nascita, quando erano eredi suoi, dovea necessariamente rompere il testamento anteriore. Per impedire che questo testamento non si rompesse, l'uso permise al capo di famiglia d' istituire o diseredare i postumi suoi. I maschi doveano essere diseredati nominatamente, cioè per indicazione speciale della classe de'postumi maschi; quanto alle femine esse si trovavano comprese nella diseredazione collettiva *ceteri exheredes sunto*, purchè il testatore lasciando loro un legato, quanto si voglia piccolo, avesse indicato di averle avute in pensiero, e di averle comprese in questa diseredazione generale.

La legge *Junia Velleja* estese questa permissione, riguardo ai discendenti che per avventura fosser nati prima della morte del testatore, ma dopo la formazione del testamento; essa permise eziandio di diseredare anticipatamente coloro che erano già nati al momento del testamento, ma essendo preceduti nella famiglia dal loro padre non erano eredi suoi a quel tempo, ma potevano divenir tali dapoi, se il padre loro fosse venuto a morte, ovvero uscito dalla famiglia. I discendenti ai quali questa legge si riferiva erano indicati col nome di *quasi-postumi Velleiani*.

L'omissione d'un postumo, o quasi-postumo non rendeva nullo il testamento fin dal principio, ma lo rompeva al momento della sua agnazione; o quasi-agnazione.

Il diritto pretorio avendo chiamati i figliuoli emancipati alla possessione dei beni nel grado di eredi suoi, impose la necessità di istituirli, o diseredarli; altrimenti il pretore dava loro il possesso dei beni contro le tavole del testamento.

Riguardo ai figliuoli adottivi fino a tanto che erano nella famiglia adottiva, il solo padre adottante era obbligato di istituirli, o diseredarli; ma se, vivendo il loro padre naturale, erano emancipati dal padre adottivo, quantunque secondo il diritto civile niuno fosse più obbligato di istituirli o diseredarli, pure il pretore chiamandoli al possesso de' beni nella successione del padre naturale imponeva a costui rispetto a loro la medesima ob-

bligazione, ch'egli avea rispetto a'figliuoli da lui stesso emancipati.

Giustiniano tolse ogni differenza tra i figliuoli, da un lato, e le figliuole, o nipoti dall'altro; e riguardo ai postumi tra quelli di sesso maschile, e quelli di sesso femminile. La diseredazione debbesi far nominatamente per tutti senza distinzione niuna; e la loro omissione trae sempre con se la nullità o rottura intera del testamento. Egli confermò il diritto pretorio in quanto ai figliuoli emancipati. In quanto ai figliuoli adottivi rinviò al nuovo diritto da lui stabilito sull' adozione, per lo qual diritto l'adozione non distrugge la potestà paterna del padre naturale, e dà solamente de'diritti *ab intestato* sulla successione del padre adottivo, salvochè l'adozione non sia stata fatta da un ascendente.

ISTITUZIONE D' EREDE.

L'istituzione di erede è l'indicazione di colui, o di coloro, che il testatore vuol per eredi; essa è come il capo, e la base di tutto il testamento. La base, perchè se cade l' istituzione, cadono ugualmente tutte le altre disposizioni. Il capo, perchè un tempo dovea necessariamente esser posta in principio del testamento; secondo Giustiniano poco importa il posto dov' essa si trovi, purchè vi sia. Essa dovea eziandio esser fatta in termini solenni ed imperativi nello stile della legge: questa solennità di termini fu abolita da Costantino II.

Possono essere istituiti eredi coloro che hanno fazione di testamento col testatore. Tra le persone che son prive di questa fazione, o del diritto di raccogliere in tutto, o in parte, trovansi: i deditizi, i Latini Giuniani, le donne, i celibi, le persone senza figliuoli, le persone incerte, e per conseguenza i postumi, ad eccezione de'postumi suoi. Sotto Giustiniano non è più quistione di alcuna di siffatte incapacità, ma i *peregrini*, i deportati, gli apostati, gli eretici, non possono essere istituiti; e vi ha ancora alcune cagioni d'incapacità relativa riguardo a' figliuoli incestuosi del secondo consorte, ed a' figliuoli naturali.

Tranne questi diversi casi, tutt'i romani, ed i loro schiavi per loro hanno la fazione di testamento

In quanto agli schiavi si possono istituire così i proprii, come gli altrui. Per proprii era anticamente necessario, secondo i giureconsulti, di francarli espressamente nel medesimo testamento; Giustiniano pose fine a tal controversia: l'istituzione suppone di pieno diritto la manomissione. Si dee rispetto ad essi distinguere se sono rimasti o no nella medesima condizione, cioè in potestà del testatore: fino a tanto che vi rimangono, la validità della loro istituzione dipende essenzialmente da quella della manomissione espressa o tacita che vi è annessa; e venendo a morte il testatore, essi divengono in forza del testamento liberi ed eredi necessarii in un tempo medesimo. Ma se mutano condizione, come sarebbe, se son manomessi, o alienati vivendo il testatore, allora la loro istituzione è come quella degli schiavi altrui. Costoro possono essere istituiti, se si ha col padrone la fazione di testamento, anche quando si appartengano ad una eredità vacante, perchè l'eredità in fino a che non è raccolta rappresenta il morto. L'eredità non si acquista di pieno diritto, e forzosamente dagli schiavi in questa forma istituiti; ma si acquista volontariamente per l'adizione, e soltanto dal momento di essa adizione a loro guadagno, se a quel tempo son fatti liberi, o altrimenti a vantaggio del padrone che hanno allora, e per comando del quale si è fatta l'adizione; perciocchè l'istituzione che sta in testa dello schiavo lo segue di mano in mano, e va insieme col domicilio fino all' adizione. Se sono più padroni, l'eredità si acquista in proporzione a ciascuno di coloro, pe'quali l'adizione si è fatta.

Si può istituire uno, o più eredi, ma o sia un solo, o più, è mestieri che abbiano tutta l'eredità, e nulla più che l'eredità. In conseguenza se la distribuzione di parti fatta dal testatore non compia, o al contrario ecceda l'eredità, queste parti debbono essere proporzionatamente aumentate, o ridotte.

I romani aveano intorno a ciò immaginato un sistema ingegnoso, che consisteva in attribuire a ciascun erede, quale che fosse il lor numero, quella quantità di parti che il testatore avea attribuito a ciascuno: il valore di ognuna di queste parti era in seguito determinato dal loro numero totale, per modo che nella somma non formavano mai nè più nè meno dell'eredità. Non pertanto un uso dedotto dal sistema metrico di quel tempo faceva fare comunemente questa divisione in dodici parti che si chiamavano *once*, perciocchè si considerava l'eredità come

un *asse*, cioè come un qualunque intero che si dovesse pesare, o distribuire a peso tra gli eredi. Per altro questo era un uso, non già una legge, ed il testatore era sempre libero di dividere la sua eredità in quante once gli piaceva. Ma se avesse lasciato uno o più eredi senza parti, allora l'uso diveniva regola, e si reputava necessariamente di aver seguito la divisione comune dell'*asse* in dodici once per un semplice peso, in ventiquattro per due pesi (*dupondio*), in trentasei per tre pesi (*tripondio*), e così di seguito, secondo il numero delle parti già indicate da lui; e colui, o coloro, che erano istituiti senza parti indicate, prendevano tutte quelle che rimanevano a compiere le dodici, le ventiquattro, o le trentasei once di cui l'eredità si dovea comporre.

L'istituzione si può fare puramente e semplicemente, o sotto condizione; essa non può farsi a cominciare da un dato termine, nè fino ad un dato termine; ma può farsi a cominciare da un termine incerto, perciocchè ne' testamenti il termine incerto forma condizione. I termini fissi, o le condizioni impossibili, o contrarie alle leggi messe in un' istituzione non la rendono nulla, ma si considerano come non avvenuti, e l'istituzione come pura e semplice. Nel caso d' istituzione condizionale a compimento della condizione, non ha effetto retroattivo in questo senso che il diritto dell' istituito condizionale si abbia a riputare aperto dal giorno della morte del testatore: esso apresi al momento che la condizione si adempie, ed a quell'epoca debbesi riguardar la capacità.

SOSTITUZIONI.

Le sostituzioni, il cui nome viene da *sub-instituere*, istituire al di sotto, son tutte altrettante istituzioni condizionali poste secondariamente sotto un'istituzione principale; ed avean tutte per effetto di prevenire alcuni rischi di morire intestato. Ve n'erano due spezie diverse: la *volgare*, e la *pupillare*; Giustiniano ne aggiunse una terza: la *quasi-pupillare* o *esemplare*.

La sostituzione volgare, così detta perchè era la più comune, è un istituzione condizionale pel caso che i primi istituiti non fossero eredi o per rifiuto, o per incapacità.

Siffatta sostituzione si può estendere a quanti gradi si vuole; è lecito sostituire più ad un solo, o un solo a più, o un tale ad un tal'altro, o eziandio gl'istituiti tra loro. In quest'ultimo caso que'che sono eredi raccolgono la parte di coloro che non sono eredi non già per diritto di accrescimento ma per diritto di sostituzione; non in esecuzione della loro prima adizione, ma per una nuova adizione, e se sono ancor capaci di raccogliere; non forzosamente, ma volontariamente. Del rimanente, salvo una disposizione contraria, essi hanno nella sostituzione le medesime parti, che nell'istituzione. Colui che è sostituito ad un sostituto è reputato essere egualmente e tacitamente sostituito allo stesso istituito, senza distinguere se i diritti di quest'istituito, o quei del suo immediato sostituto sieno stati i primi a divenir caduchi.

La sostituzione volgare svanisce per le medesime cagioni generali che fanno svanire qualunque istituzione, ed inoltre se la condizione, sotto la quale è fatta, venga a mancare, cioè se l' istituito divenga erede. E reciprocamente si apre, quando dopo l'apertura della successione è divenuto certo, che l' istituito non è erede.

La sostituzione pupillare è l' istituzione di un erede fatta dal capo di famiglia nel suo proprio testamento, per l'eredità del figliuolo impubere soggetto alla sua potestà, in caso che questo figliuolo sopravvivendogli muoia impubere. Essa propriamente parlando è il testamento del figliuolo fatto dal capo di famiglia, come accessorio del suo proprio testamento. La medesima persona, può esse sostituita al figliuolo volgarmente e pupillarmente nel medesimo tempo, ed eziandio, salvo una dichiarazione contraria, l'una di siffatte sostituzioni trae sempre l' altra con sè.

Si può sostituire a'figliuoli, o a'nipoti, che sono senza persone intermedie sotto la potestà del testatore, ed è mestieri che questa potestà esista al momento della sostituzione, e della morte; a coloro che si son diseredati ugualmente che a coloro che si sono istituiti eredi; ai postumi, nel caso che, supponendoli nati alla morte del testatore, si troverebbero senza persona intermedia sotto la sua potestà; ed ai quasi postumi. Per gl' impuberi arrogati, l' arrogante dà cauzione al sostituito di restituirgli i beni dell'arrogato, se questi muoia prima della pubertà, e la sostituzione pupillare che esso arrogatore abbia fatta non si estenderà oltre i beni che proverranno da lui. La sostitu-

zione si può fare a ciascuno de' figliuoli, o all'ultimo di essi che muoia impubere.

Il padre può sostituir pupillarmente tutti quelli che può istituire per se medesimo, e, se han la qualità di eredi necessarî rispetto a lui, l'avranno eziandio rispetto al figliuolo.

Egli può sostituir persone diverse dai suoi eredi, ovvero i suoi proprî eredi tanto nominatamente, quanto generalmente: in quest'ultimo caso son chiamati quei che saranno stati istituiti, e saran divenuti eredi. La sostituzione pupillare può farsi o nel medesimo testamento che l'istituzione, o in un testamento posteriore e separato, ma è sempre l'accessorio del testamento paterno, e se questo cade, cade altresì quella. Non pertanto il menomo effetto che si conservi al testamento o per lo stretto diritto, o pel diritto pretorio, basta per mantenere la sostituzione.

La sostituzione svanisce se la condizione venga a mancare, cioè se il figliuolo giunga alla pubertà: svanisce eziandio per parecchie altre cagioni sia particolari sia comuni a tutte le istituzioni.

Quando essa ha luogo e produce i suoi effetti, comprende tutt' i beni che compongono l'eredità dell'impubere; ed il testatore non potrebbe eccettuarne alcuna parte.

Il privilegio militare produce parecchie eccezioni a questa regola in favore de' soldati.

Si può per rescritto del principe ottenere la facoltà di sostituire anche al figliuolo pubere, al quale lo stato di sordomuto, di pazzia, o qualsiasi altra cagione impedisce che faccia egli medesimo il suo testamento.

Giustiniano rendendo generale questa autorizzazione ne dedusse pel caso di pazzia una sostituzione particolare detta da' commentatori *esemplare*, o *quasi pupillare*, che differisce dalla sostituzione pupillare: 1. in ciò che tutti gli ascendenti hanno la facoltà di farla o che abbiano o no la potestà paterna; 2. in ciò che a loro non è lecito per questa sostituzione di chiamare all'eredità del pazzo, se non talune persone indicate in primo grado dalla legge.

INVALIDAMENTO DE' TESTAMENTI.

Il testamento è *injustum*, *non jure factum*, *imperfectum*, allorchè non è stato fatto secondo il diritto, e se è trasandata nella sua formazione alcuna delle regole indispensabili alla sua validità: allora esso è nullo fin dal principio (*nullum ab initio; nullius momenti*; *inutile*).

Il testamento quantunque valido a principio, è rotto *ruptum* quando è annullato o rivocato per l'agnazione, o quasi-agnazione posteriore d'un erede suo, o per un testamento posteriore. La rottura per l'agnazione, o quasi-agnazione può in certi casi evitarsi, secondo le regole esposte intorno all'istituzione o alla diseredazione. Per rompere un testamento non è indispensabile di farne un altro: la distruzione volontaria di esso atto ne produrrebbe la rivocazione. Secondo una costituzione di Teodosio i testamenti non dovrebbero più valere dopo dieci anni dalla loro data; ma Giustiniano richiede oltre a questo, che la loro rivocazione sia dichiarata per atto autentico, o in presenza di tre testimoni.

Il testamento è *irritum* quando benchè sia per se medesimo regolare e valido, diviene nondimeno inutile perchè il testatore ha patito mutamento di persona, di stato e di capacità. Tutte le diminuzioni di capo producevano questo effetto, salvo i privilegi derivanti dallo stato militare.

I testamenti quantunque rotti (*rupta*) o divenuti inutili (*irrita*), secondo il diritto rigoroso, potevano non per tanto conservare il loro effetto nel diritto pretorio, e servire ad ottenere il possesso de' beni *secundum tabulas*, perciocchè il pretore considerava per la validità due sole epoche: quella della formazione del testamento, e quella della morte, senza aver riguardo al tempo di mezzo, per modo che se la rottura, o la diminuzione di capo sopravvenuta nel tempo di mezzo, era riparata prima della morte, l'editto attribuiva al testamento il suo effetto pretorio.

TESTAMENTI INOFFICIOSI, E PORZIONE LEGITTIMA.

Il testamento inofficioso è quello che è contrario a' doveri della pietà tra i parenti (*quod non ex officio pietatis videtur esse conscriptum*). Quantunque siffatto testamento fosse valido secondo il diritto rigoroso, s' introdusse l' uso di farne pronunziare la nullità come quello che non poteva essere il risultamento della riflessione e di una volontà ragionevole.

L'azione d'inofficiosità è aperta in caso di diseredazione o di omissione fatta

senza giusta cagione: ai discendenti, agli ascendenti, ed ai fratelli e sorelle, nell'ordine però che sarebbero stati chiamati all'eredità *ab intestato*; ma ai fratelli e sorelle solamente nel caso che il testatore li avesse esclusi per istituir delle persone vili. Le cagioni che potevano giustificare la diseredazione, o l'omissione erano lasciate all'estimazione del giudice. Giustiniano le ha fissate, e determinate in una Novella.

Se il testatore avea lasciato al suo erede del sangue una parte sufficiente dei suoi beni per legato, fedecommesso, o altramente, il testamento cessava d'esser considerato come inofficioso. La quantità di questa parte a principio non era determinata; ma dopo la legge Falcidia o sia pel testo medesimo, o sia per estensione di detta legge fu fissata al quarto; e fu chiamata la porzione dovuta per legge, la porzione legittima, o semplicemente, nel linguaggio de' commentatori, legittima. Questa quantità fu di poi aumentata da una Novella di Giustiniano.

La parte legittima si computa sulla massa dei beni che si trovano al momento della morte comprendendovi i legati, i fedecommessi, e le donazioni a causa di morte, ma fatta deduzione delle spese funebri, de' debiti, e delle manomissioni. Le donazioni tra vivi non son comprese nella massa. Tutto ciò che l'erede del sangue ha ricevuto per disposizione testamentaria, o a causa di morte si deve imputare sulla legittima, ma rispetto alle donazioni tra vivi l'imputazione ha luogo solamente per alcune di esse.

Era assolutamente necessario che il testatore avesse lasciato compiutamente la parte legittima, o almeno che avesse formalmente disposto che in caso d'insufficienza, si avesse il supplemento: ma Giustiniano tolse via la necessità di siffatta dichiarazione formale. Per tal guisa se il testatore non abbia lasciato nulla all'erede del sangue, questi avrà l'azione d'inofficiosità per far annullare il testamento per intero, ma se egli abbia lasciato qualche cosa quanto si voglia piccola, avrà solamente l'azione per compimento della sua parte legittima.

Nel caso di annullamento per cagione d'inofficiosità, anticamente tutte le disposizioni del testamento venivan meno, e si apriva l'eredità *ab intestato*. Secondo una Novella di Giustiniano l'istituzione sola verrà meno: ma i legati, i fedecommessi, le manomissioni conserveranno il loro effetto.

L'azione per cagione d'inofficiosità si estingueva per l'approvazione data direttamente, o indirettamente al testamento; per la prescrizione, che anticamente era di due anni, e di poi fu di cinque; e per la morte dell'erede del sangue sopravvenuta innanzi che avesse intentata, o almeno preparata la sua azione. Queste cagioni di decadenza non si applicavano all'azione per compimento della porzione legittima.

DIVERSE CLASSI DI EREDI: ACQUISTO E RIFIUTO DELL' EREDITÀ.

Si distinguono tre classi di eredi relativamente a' quali le regole sull'acquisto o rifiuto dell'eredità sono essenzialmente diverse.

1. Gli eredi *necessari* cioè: gli schiavi del testatore, istituiti da lui, e rimasti nella medesima condizione; per costoro l'acquisto dell'eredità ha luogo forzosamente e di pieno diritto. Essi non potevano rifiutarla; soltanto il pretore permetteva loro di profittare del benefizio di separazione de' beni, che dava a talune persone. Per effetto di questo benefizio lo schiavo erede necessario non era soggetto all'azione de' creditori del defunto che pei soli beni dell'eredità.

2. Gli eredi *suoi* e *necessarii*, cioè: i discendenti sottoposti al potere del defunto, divenuti suoi eredi o per la loro qualità *ab intestato* o per l'istituzione che egli ne avesse fatta. Son detti eredi *suoi*, perchè essendo comproprietari de' beni della famiglia, sono in certa guisa eredi di se medesimi (*sui heredes*). Per costoro l'acquisto ha luogo parimente di pieno diritto, e forzosamente. Essi non possono ripudiare l'eredità, ma il pretore permette che se ne astengano. Per siffatto astenersi, quantunque per lo stretto diritto rimangano eredi, non saranno soggetti ad azione alcuna de' creditori, ed i beni del defunto si venderanno come se non vi fosse erede.

Da ciò segue che relativamente agli eredi *necessari*, ed agli eredi *suoi e necessari* non vi ha mai *adizione di eredità*; ma solamente per questi ultimi vi può essere immischiamento, cioè un atto pel quale immischiandosi nell'eredità, rinunziano alla facoltà che aveano di astenersi, e così si obbligano verso i creditori.

3. Gli eredi *esterni* che son liberi di accettare o rifiutare l'eredità. Relativamente a questi in quanto alla loro capacità, ed alla natura de' loro diritti sono a distinguere tre epoche: 1. quella della

formazione del testamento: il loro diritto comincia solamente in una speranza; 2. quella della morte, o dell'adempimento della condizione, se l'istituzione è condizionale: il loro diritto si apre ma non è ancora acquistato; 3. quella dell'adizione dell'eredità: il loro diritto è acquistato. La capacità degli eredi estranei si richiede in tutte e tre queste epoche. Durante il primo intervallo poco importa ch' essi perdano questa capacità, purchè la ricuperino prima della morte del testatore, e prima dell'adempimento della condizione; ma dopo questa seconda epoca la loro capacità dee continuare senza interruzione fino all'adizione, perciocchè essendo aperto il loro diritto, se divengono incapaci, lo perdono irrevocabilmente. Così quando l'istituito muore, o cessa di esser cittadino dopo l'apertura dell'eredità, ma prima di aver fatto adizione, egli non trasmette il suo diritto a' suoi eredi, non avendolo ancora acquistato. Tal'era il diritto rigoroso: non pertanto noi vedremo che si era rimesso alquanto di questo antico rigore.

La parola *adizione*, viene da *adire hereditatem*, cioè *ire ad hereditatem* andare all' eredità. Anticamente l' adizione poteva aver luogo in tre modi: 1. per la crezione, specie di dichiarazione che dovea esser fatta con parole sacramentali nel termine fissato dal testatore, ma solamente quando il testatore lo avea formalmente imposto. Questa crezione non è piu in voga dopo gl' imperadori Arcadio, Onorio, e Teodosio; 2. per l' adizione propriamente detta, cioè per la dichiarazione espressa verbalmente o per iscritto, ma senza alcuna necessità di parole sacramentali, che s' intende di accettare l' eredità; 3. per via di atti di erede (*pro herede gerendo*) cioè immischiandosi negli affari dell'eredità, facendovi degli atti che non si possono fare, se non in qualità di erede; e che manifestano l' intenzione di prendere siffatta qualità. Perchè l'adizione sia valida è necessario che l'eredità sia aperta per la morte, o per l' adempimento della condizione; che quest' apertura sia a notizia di colui che fa l'adizione; che questi sappia inoltre s' egli succede *ab intestato* o per testamento, ed in questo caso, per qual testamento. Le medesime regole si applicano al rifiuto, il quale non altrimente che l' adizione può aver luogo o per un' espressa dichiarazione, o per via di atti.

Secondo il diritto civile non era prefisso alcun termine all' istituito per accettare, o rifiutare; ma sulle istanze e procedimenti de' creditori, de'legatarii, e di ogni altro interessato era astretto a dichiararsi. Il pretore stabilì nel suo editto che intervenendo queste istanze egli darebbe un termine per deliberare. Questo termine poteva essere esteso da' magistrati fino a nove mesi, e dal solo imperadore fino ad un anno. Spirato questo termine l' istituito era astretto a manifestare la sua intenzione, e ciò non facendo era tenuto accettante relativamente a' creditori, o legatarii, se essi aveano fatta istanza; e rinunziante relativamente ai sostituti, o eredi *ab intestato*, se questi aveano cominciato il procedimento.

L' adizione importa obbligazione a tutt' i pesi e debiti dell'eredità, ed è irrevocabile. Non pertanto i minori di XXV, anni potevano esser restituiti in intero contro un' adizione che fosse loro dannosa. I maggiori di XXV anni non potevano ottener la restituzione che per rescritto dell' imperadore, e per favore speziale, ed individuale a riguardo di talune circostanze eccezionali. Gordiano per il primo stabilì in favore de' soldati, che non sarebbero mai tenuti de' debiti oltre le forze dell' eredità. Da ciò ha dedotto Giustiniano quello che addomandasi *il benefizio d'inventario*, secondo il quale il medesimo diritto è per tutti coloro che avranno avuto cura di fare ne' termini e nelle forme richieste un inventario di tutte le cose componenti l'eredità.

Il benefizio d' inventario non si cumula col termine per deliberare: l' istituito può, se così vuole, ricorrere a quest'antico diritto, e domandare un termine per deliberare; ma allora allo spirare del termine è mestieri che accetti, o rinunzii puramente e semplicemente.

AZIONI RELATIVE ALLE EREDITÀ TESTAMENTARIE.

Queste azioni sono: l'azione di petizione di eredità (*hereditatis petitio*), e l' azione di divisione (*familiae erciscundae*) applicabili a tutte le eredità in generale: ed inoltre l'azione contro il testamento inofficioso (*querela inofficiosi testamenti*, l'azione per compimento della legittima, e l' azione contro le donazioni inofficiose (*querela inofficiosae donationis*), le quali tre azioni sono speciali al caso di eredità testamentaria.

TITULUS XX.

DE LEGATIS.

Post haec videamus de legatis. Quae pars juris extra propositam quidem materiam videtur; nam loquimur de iis juris figuris *quibus per universitatem res nobis adquiruntur, sed cum omnino de testamentis, deque heredibus qui testamento instituuntur, locuti sumus, non sine causa sequenti loco potest haec juris materia tractari.*

TITOLO XX.

DE' LEGATI.

Dopo le sopradette cose vediamo la materia dei legati, la qual parte di diritto pare che sia fuor di proposito in questo luogo; percìocchè noi favelliamo di que'modi giuridici pei quali si acquistano le cose per universalità. Ma avendo noi ragionato dei testamenti, e degli eredi istituiti ne' testamenti, non senza ragione si può trattare in questo luogo la presente materia di diritto.

Vi ha un principio in questa materia che bisogna fissar ben addentro nella mente, ed è che un carattere essenziale, e distintivo separa radicalmente nel diritto civile de' Romani l' istituzione di erede dal legato e da tutte le altre disposizioni per causa di morte.

L' erede è il continuatore della persona del defunto, egli è colui che i comizii han consentito che prendesse dopo la morte del tal cittadino, il suo posto nella città: colui che ha comprata la famiglia ed il patrimonio (*familiae pecuniaeque emptor*); colui sul quale la persona giuridica del morto si tramuta, e va a perpetuarsi; colui che assorbisce in se il passato di un altro; il quale nell'ordine del dominio, e delle obbligazioni civili è reputato aver fatto tutto ciò che quest'altro ha fatto attivamente o passivamente. L'indicazione di un tal successore è l' istituzione di erede.

Ma indipendentemente da questa rappresentazione della sua persona giuridica il cittadino ha potuto disporre de' suoi beni pel tempo che non esisterà più; trasmettere ad altri o la proprietà o i diritti di credito contro il suo erede, o anche una quota, il terzo, la metà, e perfino la totalità de'suoi beni, senza stabilire altre relazioni tra quei che ricevono queste liberalità, e la sua successione, che quella di acquirenti, o di creditori.

Egli ha potuto fare somiglianti liberalità o trattando esso stesso in vita, con colui che ha voluto gratificare, per l'accordo delle loro due volontà: e questa è la donazione a causa di morte, che qui basterà solo di ricordare (Ved. p. 298 e seg.).

O nel suo testamento, comandando imperiosamente, ed imponendo una legge alla quale l' erede dovrà ubbidire (*legem dicere : legare*); e questo è il legato (*legatum*; *quod legis modo, idest imperative, testamento relinquitur*) (1);

E da ultimo per qualunque altro atto in alcune circostanze, o con talune forme non obbligatorie per l'erede: pregandolo, manifestandogli il suo desiderio; confidandone la disposizione alla sua fede: e questo è il fedecommesso (*fideicommissa*; *quae precativo modo relinquuntur* (2).

Niuno di coloro che avranno ricevuto somiglianti liberalià, qualunque sia la cosa che si è loro lasciata, sia pure una quota, o eziandio la totalità de'beni, niuno di questi sarà continuatore della persona del morto; essi non sono che acquirenti, o creditori senza alcuna confusione di persone.

Tale è il diritto civile in tutta la sua purezza, il tempo gli ha recato delle modificazioni che Giustiniano vie maggiormente accrebbe, e questi caratteri un tempo sì distinti e separati sonosi in molti punti avvicinati e confusi.

1. *Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta.*

1. Il legato adunque è una certa donazione lasciata dal morto.

Il legato è una specie di donazione (*dono datio*): Frequentemente è una *datio* cioè un trasferimento di proprietà; perciocchè spesse volte produce per se medesimo codesto trasferimento, senza bisogno di tradizione della cosa; essa si annovera tra i modi civili di acquistare (p. 211, 217, 318). Non per tanto noi vedremo che vi ha molte circostanze, anche sotto Giustiniano, nelle quali non può produrre, e non produce effettualmente altro che un diritto di credito; allora il termine *datio* è improprio, e relativamente al senso che tal parola aveva nelle disposizioni della legge Giulia e Papia. Del resto noi abbiam veduto (qui sopra p. 337) la generalità primitiva di siffatta locuzione.

(1) *Ulp. Reg.* 24, § 1.

(2) Ivi — Paolo nondimeno dice: « *Et fideicommissum et mortis causa donatio appellatione legati continentur* ». *Dig.* 32, 3, 87; ma questo è

stornato dalla sua prima significazione. Questo *datio* è fatta *dono* in dono, per liberalità: ed è questo un carattere essenziale che mai non può venir meno al legato; ove non vi fosse liberalità, non vi sarebbe legato; noi avremo più d'un occasione di vederne l'applicazione. In fine questa donazione è di una specie particolare; che ha le sue proprie regole, i suoi proprii effetti; che si opera senza il concorso di volontà tra colui che dona, e colui, al quale si fa la donazione. Il legatario non avrà a dichiarare la sua volontà che dopo la morte del donante.

Alcuni caratteri che erano indispensabili al legato nel suo stato primitivo, sono scomparsi, o infievoliti sotto Giustiniano, e non si ravvisano più nella definizione ch' egli ne dà.

1. Il legato originariamente non poteva altrimenti farsi che nel caso di eredità testamentaria, e nel testamento medesimo. Quando alcuno si nominava il suo erede, il continuatore della sua persona, allora solamente, e nel medesimo atto poteva imporgli la sua legge privata (*legata*); in quanto all'erede *ab intestato*, all' erede chiamato dalla legge generale, se egli veniva per vigore di questa legge, e non per l'istituzione particolare del defunto, questi non poteva imporgli nulla, nè ingiungergli di fare cosa alcuna. Allora poteva il legato definirsi, come si fa da Ulpiano: « *Quod legis modo* TESTAMENTO *relinquitur* (1) »; o secondo Modestino: « *Donatio* TESTAMENTO *relicta* (2). Dopo Augusto fu permesso di fare de'legati per codicillo rannodandosi ad un testamento anteriore, o posteriore (3): adunque la parola *testamento* non è più nella definizione del legato rigorosamente esatta. Da ultimo sotto Giustiniano quantunque sia mantenuto il principio, che non vi ha vero legato in un'eredità *ab intestato*, nel fatto però, senza effetto, perchè somiglianti legati restano validi, almeno come fedecommessi.

2. In origine vi avea delle parole spezialmente consacrate alla costituzione de' legati: esse doveano essere imperative. Ecco perchè Ulpiano dice: « *Quod legis modo, idest imperative relinquitur*, » per contrapposto a'fedecommessi: « *quae precativo modo relinquuntur* » (4). Sotto Giustiniano non vi son più parole consacrate: dunque queste dizioni debbono torsi via dalla definizione.

3.° Infine alcune edizioni aggiungono alla definizione: *ab herede praestanda*, parole che noi ributtiamo non come inesatte, ma come aggiunzione di qualche copista. Esse farebbero allusione a quest'altra regola originaria, che il solo erede può esser gravato de'legati: in fatti non si può leggere a carico di alcun legatario, o fedecommessario, o altro successore qualunque diverso dall' erede testamentario (5). Sotto Giustiniano questa regola sempre ritenuta in principio, nel fatto non produce più risultamento niuno, perciocchè la disposizione vale sempre come fedecommesso.

Noi adunque siamo, innanzi tutto, condotti ad esaminare i cambiamenti fatti da Giustiniano; e da prima quelli che risultano dall'abolizione di ogni differenza che potesse provenir dalle sole espressioni usate.

In fatti anticamente la differenza delle parole che si adoperavano costituiva: in prima la separazione de'legati, e de'fedecommessi; ed in secondo luogo negli stessi legati, la loro distinzione in diverse classi, che producevano differenti diritti. Dell'una e dell'altra materia si tratta nei due paragrafi che seguono.

II. *Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor*: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeceptionem; *et certa quaedam verba cuique generi legatorum assignata erant, per quae singula genera legatorum significabantur*. Sed ex constitutionibus divorum principum *solemnitas hujusmodi verborum penitus sublata est*. Nostra autem constitutio (6), *quam cum magna fecimus lucubratione defunctorum voluntates validiores esse cupientes, et non verbis, sed voluntatibus eorum faventes disposuit*, ut omnibus legatis una sit natura, *et, quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem, et per hypotecariam: cujus constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissime accipere possibile est.*

2. Anticamente v'erano quattro sorte di legati: *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo*, *per praeceptionem*, ed a ciascuno di questi modi erano assegnate proprie e particolari parole, per mezzo delle quali si conosceva la qualità del legato. *Ma per le costituzioni de' divini principi* fu tolta via in tutto la solennità di cosiffatte parole. *La nostra costituzione poi*, la quale noi facemmo con grandissima vigilanza, desiderando che le volontà de'morti fossero più valide e ferme, e dan-

(1) *Ulp. Reg. 24, § 1.*
(2) *Dig. 31, 2, 36, f. Modest.*
(3) Ved. qui appresso tit. 25.
(4) *Ulp. Reg. 24, § 1.*

(5) *Gai, 2, §§ 260, e 271.*
(6) Si può vedere nel Codice questa costituzione, o almeno una parte di essa *Cod. 6, 43, 1.*

do favore non alle loro parole, ma alla volontà, ha ordinato *che la natura di tutti i legati sia una medesima*, e che di qualunque forma che sieno le parole usate dal testatore, sia lecito a' legatari di ottenere ciò che loro è stato lasciato, tanto con azione personale, quanto con azione reale, ed ipotecaria. Dalla semplice lettura della quale costituzione si scorgerà di leggieri quanto utili, e buone sieno codeste disposizioni.

Per vindicationem: ecco delle formole di questo legato: HOMINEM STICHUM DO LEGO; ovvero DO; ovvero CAPITO, SUMITO, SIBI HABETO (1). È chiamato *per vindicationem*, dice Gaio, perchè immediatamente dopo l'adizione, la cosa legata diviene la proprietà *ex jure Quiritium* del legatario, il quale può rivendicarla. Non per tanto le due scuole di giureconsulti erano discordi intorno a ciò. Secondo i Sabiniani la proprietà era acquistata immediatamente dopo l'adizione anche all'insaputa del legatario, ma svaniva di poi, come se il legato non avesse avuto luogo, se il legatario la rifiutava. Secondo i Proculeani al contrario, la proprietà si acquistava per la volontà del legatario. Un rescritto di Antonino il Pio pare aver preferito quest'ultimo avviso (2). Il testatore poteva legare in questa forma solamente le cose, delle quali aveva il dominio *ex jure Quiritium*, tanto nel momento della formazione del testamento, quanto in quello della morte; nondimeno però il momento della morte bastava per le cose che si valutano a peso, numero, o misura, come sarebbe il vino, l'olio, il frumento, il danaro (3).

Per damnationem: le formole di questo legato sono per esempio: HERES MEUS DAMNAS ESTO DARE; ovvero, DATO, FACITO, HEREDEM MEUM DARE JUBEO (4). Il legatario non diviene nel momento dell'adizione proprietario della cosa legata in questa forma; ma ha solamente un'azione *in personam* contro l'erede per sostenere che questi sia obbligato di dare (*dare*, trasferire la proprietà), di procurare (*praestare*), o di fare (5). Siffatto legato per la natura medesima del dritto che conferisce si può applicare tanto alla cosa del testatore, quanto a quella dell'erede, o di altri, alle cose future le quali non esistono ancora, e non esisteranno che dopo la morte del testatore; alle prestazioni di ogni maniera, alle azioni da fare, o da non fare; in una parola a tutto ciò che può esser l'obbietto di una obbligazione (6). E però si chiama il legato per eccellenza: *optimum jus legati*, o semplicemente *optimum jus* (7). Il legato *per vindicationem* è un legato di proprietà; il legato *per damnationem* è un legato di credito.

Sinendi modo: per questa formola: «HERES MEUS DAMNAS EST SINERE LUCIUM TITIUM SUMERE ILLAM REM, SIBIQUE HABERE (8). Quì l'erede è condannato a lasciar prendere; e però questo legato può applicarsi tanto alle cose del testatore, quanto a quelle dell' erede; e purchè la proprietà si trovi tra le loro mani al momento della morte, ciò basta; ma questo legato è inapplicabile alla cosa altrui (9). Esso dunque offre maggior latitudine che il legato *per vindicationem*, e minore che quello *per damnationem*. Quanto ai suoi effetti, non conferisce al legatario la proprietà, ma solamente il diritto di prendere: la proprietà sarà acquistata mediante la presa di possesso. Alcuni giureconsulti, rigorosi logici ne aveano conchiuso che l'erede non era obbligato nè di mancipare, nè di cedere *in jure*, nè di consegnare la cosa legata, perciocchè la sua parte esser dovea al tutto passiva, essendo condannato a lasciar prendere. Ma siffatto avviso non fu guari seguito, e si dava al legatario contro l'erede l'azione *in personam*: QUIDQUID HEREDEM EX TESTAMENTO DARE FACERE OPORTET (10).

Per praeceptionem: in questi termini: «LUCIUS TITIUS ILLAM REM PRAECIPITO» (11). Regolarmente questo legato non può farsi che a colui che è erede in parte; perciocchè *praecipere* vale prendere innanzi, per anteparte, oltre la propria porzione. Esso non trasferiva la proprietà, ma l'erede prelegatario ne chiedeva l'esecuzione con l'azione di divisione (*judicio familiae erciscundae*), essendochè il giudice di quest'azione avea il carico di aggiudicare ciò ch'era stato prelegato (12); onde si deduce la conseguenza, che sola-

(1) *Gai. 2, 193. — Ulp. Reg. 24, § 3.*
(2) *Gai 2, §§. 194, e 195.*
(3) *Ivi 196, Ulp. Reg. 24, § 7.*
(4) *Gai. 2, §. 201. — Ulp. Reg. 24, §. 4.*
(5) *Gai, 2, §. 204.*
(6) *Gai, 2, §§. 202, e 203. — Ulp. Reg. 24 §§. 8, e 9.*
(7) « *Optimum autem jus est per damnationem legatum* ». *Gai, 2, §. 197.* « *Optimum autem jus legati per damnationem est* ». *Ulp. Reg. 24 §. 11.*
(8) *Gai. 2, §. 209. — Ulp. Reg. 23, §. 5.*
(9) *Gai. 2, §§. 210, e 211 — Ulp. Reg. 24, §. 10.*
(10) *Gai, §§. 213, e 214.*
(11) *Gai, 2, §. 216. — Ulp. Reg. 24, §. 6.*
(12) *Gai. 2, §§ 217, e 219.—Paul. Sent. 3. 6.*

mente le cose del testatore, le cose ereditarie potevano esserne l'oggetto, perchè esse sole eran comprese nell'azione *familiae erciscundae*. Almeno questo era, dice Gaio, l'avviso de' nostri maestri (*nostri praeceptores*), cioè de'Sabiniani, alla cui scuola apparteneva. In fatti grandi controversie erano sòrte intorno a questo legato. Così, pel caso che fosse stato fatto ad uno straniero, vi erano tre diverse opinioni: Secondo Sabino, tale legato fatto allo straniero era radicalmente nullo, e non poteva in alcun modo esser confermato. Secondo Giuliano, era per verità nullo per rispetto al dritto civile, ma per applicazione d'un senato consulto NERONIANO, di cui diremo fra breve, dovea esser confermato, e valer come legato *per damnationem*. Da ultimo secondo la setta opposta, i Proculeani, doveasi nell'espressione del testatore PRAECIPITO indirizzata allo straniero, fare astrazione dalla sillaba *prae* come superflua, e considerare il legato come se il testatore avesse detto CAPITO, cioè come un legato *per vindicationem*. Quest'ultima opinione, dicevasi essere stata confermata da una costituzione di Adriano (1).

Siffatte distinzioni tra le diverse classi di legati non erano tutte pura sottigliezza di parola, nè in tutto arbitrarie. Lasciando dall'un de' lati la forma, ed andando al fondo, ve ne sono alcune che necessariamente son richieste dalla natura medesima delle cose, e che debbono sopravvivere in qualsivoglia legislazione. Del resto è da notare con qual meravigliosa forza di ragionamento i romani, data una volta la formola, ne deducono e gli effetti che dee produrre il legato, e le cose che possono formarne l'oggetto, e le persone alle quali può esser fatto. Ma ad una civiltà, che procedendo sempre innanzi si veniva continuamente liberando dalla necessità de' simboli, e delle formole, dovea ben parer rigoroso l' aver fatto così dipendere la sorte della disposizione dalle parole adoperate dal testatore. E però noi vediamo varie modificazioni intorno a questo punto essersi necessariamente introdotte.

Le prime furono arrecate da un senato consulto fatto a richiesta di Nerone, e questo è il senato-consulto Neroniano (an. 817. di R.; 64 di G. C.)(2), il quale ordinò che ciò che sarebbe stato legato in termini meno atti (vale a dire meno appropriati sia alla cosa, sia alla persona) sarebbe considerato come legato (*optimo jure*, cioè *per damnationem*: « *Uti quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit ac si optimo jure legatum esset*) » (3). Dal che seguita, per esempio, che se il testatore ha legato la cosa altrui servendosi della formola *per vindicationem*, o *sinendi modo*, o *per praeceptionem*, il legato nullo, secondo il diritto civile, sarà confermato pel senato-consulto, come se fosse stato fatto *per damnationem* (4). Simigliantemente, secondo l'opinione di alcuni giureconsulti Sabiniani, pel legato fatto con la formola *per praeceptionem* ad una persona che non fosse erede (5). Nel sistema di questo senato-consulto restano le formole, ma se una sia stata adoperata fuor di proposito, in un caso in cui non può valere, si ricorrerà alla disposizione che offre la maggior latitudine, cioè a quella *per damnationem*.

Sotto l'impero di Costantino II., Costanzo, e Costante segue un'altra riforma più radicale. Non vi è più necessità di formole ne' testamenti, sì per le istituzioni, e sì pe' legati (an. 339. di G. C.) (6); e quest'abrogazione parziale è seguita tre anni dopo (an. 342.) da un'abolizione generale delle formole in tutti gli atti (7). (Vedete quello che ne abbiam detto *Histoire du droit* n.89). A queste costituzioni fa allusione il nostro testo con le parole: *ex constitutionibus divorum principum*. In questo sistema non sono abolite le quattro spezie di legato: il legato continuerà ad essere o *per vindicationem*, o *per damnationem*, o *sinendi modo*, o *per praeceptionem*, secondo che il testatore avrà voluto ed espresso, ma nella manifestazione della volontà non vi saranno più parole esclusivamente consacrate, tutte saranno buone, purchè facciano manifesta l'intenzione.

Finalmente sotto Giustiniano le quat-

(1) *Gaj. 2, §§ 218. e 221.*

(2) Data incerta: da 807, a 821 di R.; 54, a 68, di G. C.

(3) *Ulp. Reg. 24. § 11.— Gai. 2, § 218.*

(4) *Gai. 2. §§ 197, 212, 220. — Vatic. J. R. Fragm. § 85.* (5) *Gai. 2, § 218.*

(6) *Cod. 2. 58. 1. Costantinus 342.*

(7) « *Et in postremis ergo judiciis ordinandis amota erit (solemnium) verborum necessitas; ut... quibuscumque verbis uti liberam habeant facultatem* ». Cod. 6, 23, 15, Constantin. 339. — « *In legatis vel fideicommissis necessaria non sit verborum observantia* ». Cod. 6, 37, 21. *Constantinus, Constantius, et Constans 339*. — Queste due disposizioni sembrano esser due frammenti della medesima costituzione.

tro classi di legati scompariscono. L'imperadore decreta che tutt' i legati avranno una medesima natura (*ut omnibus legatis una sit natura*); e che il legatario, quale che sia la forma in cui gli è stato lasciato il legato, ne potrà chiedere l' esecuzione per via di azione personale, reale, ed ipotecaria (*non solum per actiones personales, sed etiam per in rem, et per hypothecariam*). Tuttavia Giustiniano togliendo ogni differenza quanto ai termini, non ha potuto distrugger quelle che necessariamente provengono dalla natura delle cose. Tutti i legati avranno una sola e medesima natura generale in questo senso, che i loro effetti non dipenderanno più da alcuna classificazione giuridica, o formolaria, e che tutti senza distinzione produrranno tutti gli effetti, e conferiranno al legatario tutti i diritti, che comporterà la cosa legata. Ma egli è impossibile che questi diritti siano i medesimi in tutt' i casi, e che la proprietà sia sempre trasferita pel legato; così essa non sarà trasferita, ed il legatario non potrà avere l'azione *in rem*, se il testatore ha legato, per esempio, la cosa altrui, ovvero una cosa indeterminata, come uno schiavo, un cavallo, una somma di danaro, tante misure di vino, almeno in fino a che la scelta non sia fatta; ovvero, se ha legato un credito, o la liberazione di un debitore, ovvero qualche fatto o atto che il solo erede debba fare, o da cui si debba astenere. Sicchè quel che dipendeva dalle formole, o dalle parole è sparito, ma quel che dipendeva dalla forza imperiosa delle cose è rimasto. Del resto noi avremo a ritornar sulla materia delle azioni prodotte dai legati.

Da ciò che ora abbiam detto si può dedurre, che il legato applicato ad una determinata cosa del testatore è un modo d'acquistare. Immediatamente dopo l'adizione, e senz'alcuna necessità di tradizione la proprietà si trova trasmessa al legatario. Perchè la giurisprudenza romana non ha richiesto il passaggio del possesso dall'uno all'altro come segno manifesto e rivelatore del mutamento di proprietà? La ragione è che qui è intervenuto un altro fatto del pari manifesto, e patente, cioè la morte che ha spogliato il defunto, ed una specie di legge, il legato (*lex*), che ha investito il legatario. E però questo modo di acquistare era annoverato in primo luogo tra quelli che venivan compresi sotto il nome *lege* per la legge (p.217).

III. *Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quae ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem: necessarium esse duximus omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla sit inter ea differentia; sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et, si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura. Sed ne in primis legum cunabulis, permixte de his exponendo studiosis adolescentibus quamdam introducamus difficultatem, operae pretium esse duximus interim separatim prius de legatis, et postea de fideicommissis tractare, ut, natura utriusque juris cognita, facile possint permixtionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.*

3. Nè abbiamo creduto doverci stare contenti a quella costituzione; perciocchè avendo noi trovato che l' antichità teneva fra stretti confini i legati, mentre era più larga ed indulgente pe' fedecommessi, i quali discendevano dalla volontà de' morti più che i legati, giudicammo che fosse necessario adeguare tutt'i legati a'fedecommessi, acciocchè non vi sia tra essi differenza alcuna; ma quel che manca a'legati sia ripieno per la natura de'fedecommessi, e se ne'legati è qualche cosa di più, cresca per questo la natura del fedecommesso. Ma acciocchè trattando dell'una e dell'altra cosa mescolatamente non adduciamo una certa difficoltà a'giovani studiosi, che sono appena forniti de'primi elementi delle leggi, abbiamo stimato esser ben fatto, trattar prima separatamente la materia dei legati, e poi quella de' fedecommessi, acciocchè, conosciuta la natura dell'una e dell'altra cosa, possano più agevolmente intendere la mescolanza che ne abbiam fatta.

Le cagioni, che facevano di una disposizione un semplice fedecommesso in cambio d' un legato, potevano provenire o dalle parole adoperate, o dalle circostanze.

Quanto alle parole, se in luogo delle formole consacrate dal diritto civile per costituire un legato (*civilia verba*, come dice Ulpiano) si fossero adoperate degli altri termini, ordinariamente a modo di preghiera (*precativo* modo, *precative*), la disposizione, tuttochè si trovasse in circostanze che avrebbe potuto aver luogo un legato, era un semplice fedecommesso. Le parole più frequentemente in uso eran queste: PETO, ROGO, MANDO, FIDEICOMMITTO, ovvero: DEPRECOR, CUPIO, DESIDERO; ed ancora: VOLO, INJUNGO, IMPERO, (le quali parole, tuttochè imperative, non erano dizioni del dritto civile *civilia verba* appropriate a' legati) (1). Del resto queste parole di fedecommesso non erano consacrate, si adoperavano per u-

(1) *Gai. 2. § 249.—Ulp. Reg. 25. § 2.—Paul. Sent. 4. 1. 5. — Col. 6, 43. 2. Justin.*

sanza e non per necessità; perciocchè in questa materia la libertà d' espressione era pressochè intera (1); il fedecommesso poteva esser lasciato anche con un accennar di capo, per segno di assentimento (*nutu*) (2).

Quanto alle circostanze, se erano tali, che secondo il dritto civile, un legato non poteva aver luogo, per esempio, se non v' era eredità testamentaria, ma eredità *ab intestato*, ovvero se il testatore voleva gravare della sua liberalità non il suo erede, ma un legatario (p. 416) o eziandio in altri casi incompatibili con la natura de' legati, e che avremo occasione di vedere più appresso, la disposizione non poteva essere che fedecommesso.

Sotto Giustiniano non vi ha più differenza alcuna in quanto alle parole; ma si dee ancora aver riguardo a quello che risulta dalle circostanse, se si vuol tener conto de' principii astratti, e soprattutto far distinzione, come fanno le Istituzioni, tra i legati ed i fedecommessi. Ma se si voglia solo considerare il risultamento di dritto, anche quest'ultima differenza è svanita, perciocchè i legati, ed i fedecommessi son confusi insieme; ogni disposizione che non può valer come legato, vale come fedecommesso; e reciprocamente i fedecommessi debbono produrre tutti gli effetti, che i legati producevano,

Non pertanto noi abbiamo già veduto (p. 100) ed avremo ancora occasione di spiegare (qui appresso tit. 24 § 2.) una differenza maggiore che continua a sussistere tra il legato, ed il fedecommesso della libertà.

I paragrafi che seguono, e che son consacrati a trattar de' legati non sono disposti ordinatamente e con buon metodo; noi senza prenderci la libertà, d'invertir l'ordine, c'ingegneremo tuttavia di darvi il maggior lume e chiarezza che per noi si possa. E da prima cominceremo dall'esporre due principii fondamentali, che dominano in questa materia, la cui conoscenza renderà molto semplici, e chiare le spiegazioni che ci resteranno a dare.

Del *dies cedit*, e del *dies venit* relativam[ente] a' legati (3).

Dies cedit il giorno procede, s'avan[za], *dies venit* il giorno è venuto: dizione po[e]tica, e figurata che non è speciale, co[me] generalmente si crede, alla materia d[e'] legati, ma può applicarsi ad ogni acqu[i]sto di diritti, e segnatamente alle obb[li]gazioni. *Dies* è il termine fissato per l'e[si]gibilità del diritto, è la scadenza d[el] dritto. *Dies cedit* vuol dire il termine co[]mincia a correre, si procede verso la sca[]denza del diritto; *Dies venit*, il termi[ne] stabilito per l' esigibilità è giunto, la sca[]denza ha avuto luogo, si può domanda[]re. « *Cedere diem*, dice in generale un estratto di Ulpiano messo nel titolo del Digesto, che tratta della significazio[ne] delle parole, *cedere diem significat inci[]pere deberi pecuniam, venire diem signi[fi]cat eum diem venisse, quo pecunia peti pos[]sit*. E togliendo ad esempio una stipulazione, il giureconsulto aggiugne: « Se essa è pura e semplice, la cosa è dovuta ed esigibile nel medesimo istante (*et cessit et venit dies*), se è a termine (*in diem*), il termine comincia a correre, ma non è ancora giunto (*cessit dies, sed nondum venit*); se è sotto condizione, il termine non corre e non giunge fino a tanto che la condizione è ancora pendente (*neque cessit, neque venit dies, pendente adhuc conditione* » (4). Questi principii generali si applicano con qualche particolarità alla materia.

Il *dies cedit* significa qui che il diritto eventuale al legato è fissato, è determinato a vantaggio del legatario, e che l'esigibilità si avanza. Diciamo il dritto *eventuale*, perchè, siccome la sorte de' legati dipende sempre da quella del testamento, se, anche dopo che il *dies cedit* ha avuto luogo, l'erede rinunzii o sia incapace, o il testamento cada per qualsivoglia cagione, tutt' i legati svaniranno: adunque il diritto anche dopo che il *dies cedit* ha avuto luogo, è eventuale. E questa è una particolarità della presente materia. In quanto all'elocuzione *dies venit*, essa significherebbe qui come per le obbliga-

---

(1) *Ulp. Reg. 25. § 5. — D. 32. 3.° 21, pr. f. Paul.*

(2) Purchè esprimesse l'idea. E senza dubbio in questo senso Paolo rigetta le espressioni *relinquo et commendo* come quelle che non poteano servire neppure ad un fedecommesso. *Paul. Sent. 4, 1*, § 5. Il che però ci fa vedere che la sottigliezza sulle parole erasi introdotta fin nei fedecommessi.

(3) D. 36, 2. *Quando dies legatorum, vel fideicommissorum cedat.* — *7*, *5*. Quando dies ususfructus legati cedat. — Cod. 6, 53. *Quando dies legati vel fideicommissi cedit.*

(4) *D. 50. 16. 213. pr. f. Ulp.*

ioni in generale, che la scadenza del diritto, e l'esigibilità è giunta. Dobbiamo tuttavia confessare, che non si trova adoperata specialmente per la materia de' legati, il che non ci riterrà dall'usarla, perciocchè essa è laconica, e d'altra parte è generale nella sua significazione.

In qual'epoca ha luogo il *dies cedit*, ed il *dies venit?* Per regola generale il *dies cedit*, cioè il momento in cui il diritto eventuale resta fissato a vantaggio del legatario ha luogo pei legati puri e semplici nel giorno della morte del testatore. Lo stesso è a dire pei legati a termine (*ex die certo*; *in diem*; *post diem*), quando si tratta di que' termini, che non equivalgono ad una condizione, e non sospendono il diritto; per esempio, io lascio cento soldi d'oro pagabili alle calende di Gennaio o tanti anni dopo la mia morte, tanti anni dopo l'adizione, etc. (1). In quanto ai legati subordinati ad una condizione sospensiva, o ad un termine equivalente a condizione, il *dies cedit* ha luogo nel giorno dell'adempimento della condizione (2). Relativamente poi al *dies venit*, perchè esso abbia luogo, cioè perchè il legato sia scaduto, ed esigibile, si richiede necessariamente che sia avvenuta l' adizione, ed inoltre, se vi ha un termine qualunque, o una condizione, si richiede eziandio che questi si sieno avverati e compiuti (3).

La legge Papia Poppaea nelle sue disposizioni caducarie e fiscali avea modificato l'antico dritto relativamente al *dies cedit* pei legati puri e semplici; in vece di scadere alla morte del testatore, il *dies cedit* non dovea più aver luogo che all'apertura del testamento (*ex apertis tabulis*) (4). Queste leggi caducarie già in parte abrogate da Costantino (5), e da Teodosio (6), furono in tutto abrogate da Giustiniano, il quale ristabilì l'antico dritto in quanto al *dies cedit* (7).

Qual' è l'utilità del *dies cedit*, e del *dies venit*. Intorno a quest' ultimo punto, cioè in quanto alla scadenza, in quanto all' esigibilità non vi è difficoltà niuna, e non vi è per conseguenza necessità di spiegazione. Ma per quel che riguarda il *dies cedit* è necessario far alcune osservazioni. Generalmente tutta l'attenzione si rivolge ad un solo degli effetti del *dies cedit*, alla trasmessibilità del diritto, e vi ha eziandio chi traduce le parole *dies cedit* per queste: *il dritto è trasmessibile* (8), la qual traduzione è inesatta. Questo effetto per verità è uno de' principali, del *dies cedit*, ma non è certamente il solo ; che anzi esso non è essenziale , perciocchè può non incontrarsi, il che avviene in tutti i legati di dritti esclusivamente annessi alla persona (pag. 275), mentre vi sono degli altri effetti che mai non vengono meno.

Al *dies cedit*, abbiam detto, resta fissato il diritto eventuale a vantaggio del legatario : or codesta fissazione produce delle conseguenze ed esercita una certa influenza su quattro punti importanti: 1. sulla determinazione delle persone , alle quali il legato sarà acquistato ; 2. sulle cose che dovranno comporlo ; 3. sulla trasmissibilità del diritto, quando essa è possibile ; infine 4. in alcuni casi particolari, sulla perdita, o la conservazione del diritto, che forma l'oggetto del legato.

1. *Sulla determinazione delle persone, alle quali il diritto sarà acquistato* : questa sarà necessariamente la persona capace di acquistarlo nel momento in cui il diritto resta fissato; così se si tratta di un legato fatto ad un figliuolo di famiglia, o ad uno schiavo , profitterà del legato, e potrà reclamarlo alla scadenza (pag. 319) il capo di famiglia o quegli che era padrone al momento del *dies cedit* , perciocchè all' epoca del *dies cedit* resta fissato il diritto ; ovvero il figliuolo o lo schiavo medesimo, se al giorno del *dies cedit* si trovavano divenuti *sui juris* (9).

2. *Sulle cose che dovranno comporre il legato*; giacchè il diritto eventuale è fissato al *dies cedit*, è fissato tanto rispetto alla cosa, quanto rispetto alle persone. Così ciò che forma l'oggetto del legato , ed a cui si estende il diritto eventuale

---

(1) *D. 36. 2. 5. pr. f. Ulp. e 21. pr. f. Paul.*

(2) *Ivi 5. § 2. f. Ulp. e 21. pr. f. Paul.*

(3) Ben inteso che non vi ha alcuna distinzione a fare tra l' epoca della morte , e quella dell' adizione , se si tratta di eredi necessari , perciocchè essi non possono rifiutare l' eredità. — *D. 31, 2. 0 32, pr. f. Mod. — 36, 2, 21, pr. f. Paul.*

(4) *Ulp. Reg. 24, § 30.* — Noi daremo fra poco alcuni particolari intorno a quest' apertura del testamento; i frammenti di *Ulpiano 10, §§ 1, e 12* messi nel titolo del Digesto che tratta di tale apertura erano evidentemente relativi a questa disposizione della legge *Papia Poppea*.

(5) *C. 8. 58.*

(6) *C. 6. 51. 1. § 5.*

(7) *Ivi 1. § 1.*

(8) V. Mackeldey, *Lehrbuch des heutigen Roemischen Rects* (Manuale del diritto romano moderno) *§ 712, p. 391* della traduzione.

(9) *Dig. 36, 2, 5. § 7, f. Ulp. — Ulp. R. 24 § 25.*

del legatario, è la cosa nel modo medesimo in cui si trovava nel momento del *dies cedit*. Se questa cosa è una universalità suscettiva di accrescimento, o diminuzione, come sarebbe un peculio, un gregge, la regola, com' è chiaro, acquista viemaggiore importanza (1).

3. *Sulla trasmessibilità del diritto*; se il legatario muore prima del *dies cedit*, egli non avrà avuto che delle speranze, e queste per la sua premorienza sono svanite; laonde non trasmette nulla a' suoi eredi. Ma se per contrario il *dies cedit* ha avuto luogo, siccome il diritto eventuale è fissato a suo vantaggio, egli lo trasmette a' suoi eredi (2).

4. *Finalmente in alcuni casi, sulla perdita o la conservazione del diritto legato*; questo è quel che già abbiam veduto per gli effetti della piccola diminuzione di capo o del non-uso pei legati d' usufrutto, d' uso, o d' abitazione (Ved. qui sopra pag. 270 e 283): l' estinzione non si può effettuare, se non quando il *dies cedit* ha di già avuto luogo. Dal che ebbero origine i legati d' usufrutto o d' uso *in singulos annos, vel menses, vel dies* pei quali vi ha in ciascun anno, mese, o giorno un nuovo *dies cedit* (3).

Questa teorica del *dies cedit* ha inoltre delle conseguenze, di cui vedremo sovente l' applicazione in quanto alla stessa validità del legato (Ved. segnatamente qui appresso §§ 32, e 33).

Prima di por fine a quest' argomento crediamo ben fatto di notare due casi particolari, ne' quali la determinazione del *dies cedit* si allontana in tutto dalle regole generali, che ora abbiamo esposte.

1. Se si tratta d' uno schiavo del testatore, a cui questi abbia lasciato nel suo testamento la libertà e con essa un legato, siccome la prima condizione perchè lo schiavo possa avere un diritto fissato a suo vantaggio, è che sia divenuto libero, il *dies cedit* pel suo legato non avrà luogo se non quando avrà acquistata la libertà, cioè non alla morte del testatore ma all' adizione dell' eredità, supponendo che si tratti di disposizioni pure, e semplici (4).

2. Per l' usufrutto, l'uso, e l' abitazione diritti esclusivamente annessi alla persona del legatario, noi sappiamo che il *dies cedit* non ha luogo se non quando si è anche avverato il *dies venit*, il che vuol dire che la fissazione del diritto non ha luogo se non al momento medesimo della scadenza (5) (pag. 275): « *Tunc enim constituitur ususfructus*, dice Ulpiano, per render conto di questa differenza, *cum quis jam frui potest* » (6); ed altrove più chiaramente lo spiega dicendo: « *Nam cum personae cohaereat, recte dicitur ante aditam hereditatem diem non cedere* » (7); ed in fine anche più esplicitamente: « *Nam cum ad heredem non transferatur, frustra est si anted quis diem ejus cedere dixerit* » (8). Sicchè l'idea che ha predominato nell' introdurre siffatta eccezione è, che qui la trasmessibilità del diritto non è possibile. Ma essa non è più possibile dopo l'adizione, che prima; anche dopo l'adizione non vi ha di trasmessibile altro che il diritto sui frutti di già raccolti prima della morte dell' usufruttuario; quanto all' usufrutto in se medesimo, esso è estinto per questa morte. Per contrario il *dies cedit* conserva tutti i suoi effetti sugli altri tre punti che abbiamo accennati. E però Labeone pensava che dovesse aver luogo così pei legati di usufrutto, come per tutti gli altri legati senza alcuna differenza; ma prevalse l' opinione contraria, quella di Giuliano (9).

Della regola Catoniana (*Catoniana regula*) (10).

È principio di ragione generalmente ricevuto nella legislazione romana, che un atto nullo nella sua origine non può divenir valido per solo decorrimento del tempo: « *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* » (11). Ma qual' è la vera forza, quale l' estensione di applicazione di siffatta regola? Questo punto non è scevro di serie difficoltà!

Nella materia che abbiam per le mani, cioè ne' testamenti quel che riguarda la forma dell' atto, o la capacità del testa-

(1) *D. 31, 2, 68, pr. f. Pap.* — Ved. qui appresso § 20.

(2) *D. 36, 2, 5, pr. f. Ulp.*

(3) *D. 7, 4, 1, § 1, e seg. f. Ulp.* — *Ivi 28, f. Paul.*

(4) V. qui appresso § 20, e *D. 33, 8, 8, § 8, f. Ulp.* — Ved. eziandio una particolarità analoga per il legato fatto ad uno schiavo che sia stato egli medesimo l'oggetto d'un legato. *D. 36, 2, 17, pr. e 16, § 1, f. Jul.*

(5) *D. 36, 2, f. Ulp.*

(6) *D. 7, 3, 1 § 2, f. Ulp. e Vatic. J. R. Fragm. § 60.*

(7) *D. 36, 2, 9, f. Ulp.*

(8) *Ivi 3.*

(9) *Vatic. J. R. Fragm. § 60.*

(10) *Dig. 34, 7, De regula Catoniana.*

(11) *D. 50, 17, 29, f. Paul.*

tore è fuor d'ogni dubbio sotto l'impero di questa regola: se la forma è viziosa, o il testatore incapace da principio, il testamento è nullo, e non sarà convalidato per volger di tempo. Ma rispetto a colui, in favore del quale si è disposto, o delle cose che possono nella disposizione esser comprese, che cosa si dovrà mai decidere? Il testamento, non è destinato a produrre alcun effetto al momento della sua formazione, perciocchè esso è un atto di precauzione, un atto per l'avvenire, pel giorno, che il testatore morrà; non sarà dunque bastante di attender questa epoca per esaminare se vi ha capacità di ricevere, o se le cose comprese nella disposizione sieno suscettive di esserne l'oggetto?

Per l'istituzione di erede noi abbiam veduto la risoluzione della quistione; bisogna che la capacità di essere istituito si trovi al momento che si fa il testamento, senza pregiudizio dell' altre epoche, ed abbiam mostrata l'origine di siffatta regola nella natura medesima del testamento *calatis comitiis*, e del testamento *per aes et libram* nella sua pristina forma (p. 357 nota 1. e 401). Dal che venne questa massima espressa da Licinio Rufino: « *Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto convalescere non potest.* » (1).

Quanto ai legati, la stessa regola, comechè non scaturendo direttamente dalla forma de' testamenti primitivi, fu seguita anche per ciò che teneva ai principii generali del diritto, così: per la necessità che il legatario ebbe la fazione del testamento; che le cose fossero nel commercio, che gli atti imposti allo erede a titolo di legato fossero leciti (2). Tutte siffatte condizioni debbono essere adempiute all'epoca medesima della confezione del testamento; in opposto, importa poco che più tardi il legatario abbia acquistata la fazione del testamento, che la cosa sia caduta in commercio, che l'atto sia divenuto lecito per l'abrogazione della legge che lo vietava: esistendo la nullità sin dalla origine, non cesserà.

Ma si dovrà decider alla stessa guisa per certe nullità, che si attengono non già alle regole generali del diritto, ma solo a delle relazioni particolari, a delle circostanze nelle quali si trova sia l'erede, sia il legatario, sia la cosa legata; in guisa che lo stesso legato potrebbe esser valido per altri, o per le persone istesse in un'altra posizione; e che esista non già un vizio radicale, una nullità assoluta, ma una di quelle che oggidì chiameremmo nullità relativa? Per es., se il testatore abbia legato puramente e semplicemente al proprio schiavo, non dandogli che una libertà condizionale? (3) ovvero allo schiavo o figlio di famiglia dell' erede? (4) ovvero al legatario una cosa che già gli appartiene? (5) I testi offrono una grande tergiversazione su questi diversi punti fra i giureconsulti. Un tal legato sarà nulla sin dalla sua origine? o potrà validamente farsi, salvo a determinarne la sorte all'epoca del *dies cedit*, secondo la situazione allora esistente? Un mezzo termine prevalse più comunemente: cioè, che siffatti legati fatti puramente e semplicemente sarebbero nulli; ma fatti sotto condizione dipenderebbero dagli avvenimenti ulteriori (6).

Questo mezzo termine si trova consacrato in una formola di Catone il vecchio o facilmente del suo figlio, che fu ammessa come regola di giurisprudenza (*regula juris*), sotto il nome di regola Catoniana (*Catoniana regula*), e di cui Celso ci rapporta la disposizione in questi termini: « *Quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit non valere* » (7). In modo che per apprezzare la validità d'un legato, bisogna supporre il testatore morto immediatamente dopo la confezione del testamento, e vedere se in questo stato il legato sia valido. La ragione filosofica d'una tal regola fu senza dubbio, che il testamento essendo un atto fatto per previdenza, pel momento della morte, e la morte essendo sempre imminente, potendo colpire ad ogni minuto, o momento istesso, in cui l'atto vien fatto, i giurisprudenti trovarono di conchiuderne, che quest'atto dovea esser tale da poter produrre il suo effetto all'istante medesimo, se il caso veniva a ve-

(1) *D. 50, 17, 210.*

(2) *Idem et in legatis et in bonorum possessionibus. — D. 28, 5, 59*, § *4, f. Cels.* — § *4, 30, 1.° 112*, § *5, f. Marcian.*

(3) *Dig. 30, 1, 91*, § *1, f. Julian. — 36, 1, 86, f. Marcian.*

(4) Qui sotto § 32.

(5) Qui sotto §. *10.*

(6) V. l'esempio citato da Gaio (*2*, § *244*), nel quale i Proculejani sono per la nullità radicale, Servio per la validità, e i Sabiniani pel mezzo termine.

(7) *Dig. 34, 7, 1. pr. f. Cels.* — Il giureconsulto non pertanto soggiunge, che questa disposizione della regola Catoniana viene a mancare in taluni casi: « *Quae definitio in quibusdam falsa est* ».

rificarsi (1). La regola Catoniana non si applica ai legati condizionali (2). In fatti supponete in questo caso il testatore morto subito dopo la confezione del testamento: il legato non è stato fatto per produrre immediatamente il suo effetto; ma è stato sottoposto ad una condizione; fino all'esito di questo evento, non è stabilito alcun diritto (niun *dies cedit* ha luogo), nè relativamente alla persona nè alla cosa: bisogna dunque attendere ancora.

Per la medesima ragione non si applica ad alcuno de'legati pe'quali il *dies cedit* ha luogo non alla morte, ma solo dopo l'adizione di eredità: « *neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore sed post aditam cedit hereditatem* » (3).

Similmente dopo l'ammissione della regola Catoniana, i giureconsulti non sono stati sempre di accordo circa i casi che sarebbero o nò retti da questa regola (4). La distinzione intanto è molto importante a farsi sotto diversi punti di veduta: 1.° Trattasi d'un vizio assoluto, derivante da'principii generali del diritto? allora non è il caso della regola Catoniana; che il legato sia semplice o condizionale, che il *dies cedit* debba aver luogo alla morte o più tardi, vi è sempre sin dall'origine nullità insanabile. 2.° Trattasi di vizio relativo a cui si applica la regola Catoniana? è nullo il legato se è puro e semplice, se è condizionale, o di quelli per cui *il dies cedit* non ha luogo alla morte, dipenderà dagli avvenimenti ulteriori (5). 3. Infine si tratta sempre di uno di questi vizii relativi, ma pe' quali decidesi per via di eccezione che la regola Catoniana non debba essere applaudita? O il legato è semplice, o condizionale, non vi sarà nullità originaria, e bisognerà attendere gli eventi ulteriori per giudicarne. In quest'ultimo caso si trovavano i vizii risultanti dalla nuova legge: «*Regula Catoniana ad novas leges non pertinet* » dice Ulpiano (6): secondo le congetture di Cujacio questo indubitatamente fa allusione alle condizioni della capacità (condizioni di matrimonio, e d'esistenza di figli) richieste dalla legge Giulia, e Papia Poppea (*Hist. du droit* n. 68). Celso contro l'opinione di Papiniano e d'Ulpiano, vi vuol comprendere il caso del legato fatto al legatario della propria cosa (7).

Noi vediamo da ciò che precede in qual senso bisogna dire con Papiniano ed Ulpiano: « *Catoniana regula non pertinet ad hereditates* (8); » e come non è men vera questa proposizione di Giavoleno: «*Omnia quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint* » (9).

La regola Catoniana si applicava ai fedecommessi? Noi adottiamo l'affermativa senza esitare per l'epoca di Giustiniano (10).

Comecchè l'ordine de'paragrafi che ci rimane a spiegare non sia nè metodico, nè regolarmente seguito, pure salvo alcuni deviamenti, che faremo notare, si presenta presso a poco a questo modo: Delle cose che possono esser legate, materia nella quale si trova inframmesso

(1) « *Quia quod nullas vires habiturum foret si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo valere, quia vitam longius traxerit, absurdum esset* », dice Gaio 2, § 244.

(2) *Dig. 34, 7, 1, § 1, f. Cels.; e 2, f. Paul.*

(3) *Ivi 3, f. Papin.* Tali sarebbero i legati d'usufrutto *(esemp. Vat. Fragm. § 55)*; e i legati fatti allo schiavo del testatore *(es. Dig. 36, 2, 17, f. Julian.). — 36, 1, 86, f. Moecian. — 35, 5, 13, f. Paul. — 30, 1.° 19, § 1, e seg. f. Julian.* Ne risultano le distinzioni più sottili, come può vedersi per questi esempii.

(4) Il dissentimento di cui parla Gaio *(2, § 244, p. precedente nota 6.)* sono anteriori a Catone (V. anche qui presso nota 7) la contraddizione tra Celso Papiniano ed Ulpiano.

(5) Citerò come esempli di applicazione, i legati: 1.° Allo schiavo del testatore senza libertà in diverse situazioni *(Dig. 36, 1, 86, f. Moecian. 35, 5, 13, f. Paul. 31, 1.° 91, § 1 e seg. f. Jul.)*; — 2.° Allo schiavo o al figlio di famiglia dell' erede (qui presso § 32, — *Gaio 2, § 244, — Ulp. Reg. 24, 25*; — 3.° Della cosa già appartenente, o già dovuta al legatario (appresso § *10*); — 4.° De'materiali legati ad un edifizio *(Dig. 30, 1.° 41, § 2.° f. Ulp.)*; — 5.° D'una servitù prediale ad alcuno che non sia proprietario del fondo dominante *(Arg. Vatic. fragm. § 56)*.

(6) *D. 34, 7, 5, f. Ulp.*

(7) *D. 34, 7, 1, §. 2, f. Cels. — 31, 2.° 66, § 6. in fine, f. Papin. — 30, 1.° 41, § 2, f. Ulp.*

(8) Dig. 34, 7, 3. « *Ad conditionales hereditates non pertinet* ». Aggiunge il frammento 4.° che segue immediatamente, e che è tratto da Ulpiano: e di cui la interpetrazione può imbarazzare; poichè se la regola Catoniana non si applica a veruna istituzione, che vale il dire che essa non si applica alle istituzioni condizionali? L' interpetrazione più semplice e chiara è quella che intende questa legge come parlante di legati fatti in un testamento, la cui istituzione è condizionale. In fatti, questi legati per ciò solo sono condizionali anch' essi e come tali non soggetti alla regola Catoniana.

(9) *Dig. 50, 17, 201.*

(10) Per l'epoca anteriore si può trarre argomento da Gaio 2, § *285 e 287*, *Ulp. Reg. 25, § 4, 6, e 17.*—V. intanto *32, 3.°, 1.°, § 1, e § 5, f. Ulp.; 7, f. Ulp.*, che per lo meno presenterebbero delle eccezioni all'applicazione della regola relativa alla formazione de' testamenti.

ciò che concerne il diritto di accrescimento fra i collegatarii; Degli accrescimenti, e delle diminuzioni della cosa legata; Di coloro a'quali si può legare; Della modalità dei legati.

Delle cose che possono esser legate.

IV. *Non solum autem testatoris*, vel heredis res, sed et aliena *legari potest : ita ut heres cogatur redimere eam et praestare , vel,* si non potest redimere, *aestimationem ejus dare. Sed si talis res sit,* cujus non est commercium, *nec aestimatio ejus debetur, sicuti, si campum Martium , vel basilica, vel templa, vel quae pubblico usui destinata sunt, legaverit: nam nullius momenti legatum est. Quod autem diximus alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat alienam rem esse , non et, si ignorabat : forsitan enim si scisset alienam , non legasset. Et ita divus Pius rescripsit, et verius esse, ipsum qui agit, idest legatarium, probare oportere, scisse alienam rem legare defunctum ; non heredem probare oportere, ignorasse alienam: quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* (1).

4. Non solamente poi si può lasciar per legato la cosa del testatore, *o dell'erede;* ma anco l'altrui, in maniera che l'erede sia astretto a riscuoterla, e darla al legatario , o *se non può averla* , dee dar la valuta di quella tal cosa. Ma se quella cosa è tale *che non sia in commercio* , non si è tenuto a darne il prezzo ; come sarebbe se alcuno lasciasse in legato il campo Marzio, o le basiliche, o i tempi, o quelle cose che sono destinate all'uso pubblico, perciocchè cosiffatto legato non è di momento alcuno. E quel che abbiam detto, che si può lasciare in legato la cosa d'altri, s'intende in questa maniera , se il morto sapeva la cosa esser d' altri, e non se egli nol sapeva ; perciocchè se egli avesse saputo la cosa esser d' altri , non l' avrebbe forse legata. Così rescrisse il divino Pio ; ed è più vero che il legatario il quale domanda, sia tenuto a provare che il morto sapeva di lasciare in legato la cosa d'altri, che non sia tenuto l'erede di provare ch'egli nol sapesse; perciocchè la necessità del provare si dà sempre a colui che fa da attore.

Vel heredis res; il che altra volta non avea luogo che pe' legati *per damnationem*, o *sinendi modo* (p. 417).

Et aliena : il che anticamente applicavasi soltanto a'legati *per damnationem* (p. id.).

Si non potest redimere: o ancora se vi sia qualche giusta ragione per esser dispensato dal dare individualmente la cosa; come sarebbe se se ne richieda un prezzo eccessivo; ovvero se lo schiavo che egli è stato incaricato di dare, sia suo padre, sua madre, o suo fratello naturale. In questo caso è in facoltà del giudice il permettergli di liberarsi pagandone la valuta (2).

Cujus non est commercium: benchè l'acquisto ne sia difficile, purchè sia giuridicamente possibile, vi è tenuto, salvo il diritto di essere ammesso a pagarne solo la valuta, se nel fatto non può acquistarla (3).

V. *Sed et, si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet heres luere. Et hoc quoque casu idem placet, quod in re aliena, ut ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus rem obligatam esse: et ita divi Severus , et Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluit legatarium luere, et hoc expressit, non debet heres eam luere.*

5. Se alcuno lascerà in legato una cosa sua, ma *obbligata* al suo creditore, è necessario che l'erede la riscuota, e piace che s' osservi in questo caso quel che si è detto pel caso della cosa d' altri , cioè che bisogni all'erede riscuoter quella tal cosa se il morto sapeva ch' essa fosse obbligata , e così rescrissero i divini Severo ed Antonino. Ma se il morto avrà voluto che il legatario la riscuota, e lo abbia detto nel testamento, non debbe riscuoterla l' erede.

Rem obligatam: cioè o ipotecata, o data in pegno (4).

VI. *Si res aliena legata fuerit, et ejus*, vivo testatore , *legatarius dominus factus fuerit : si quidem ex causa emptionis , ex testamento actione* pretium *consequi potest, si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione, vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est, duas lucrativas causas in eumdem hominem , et in eamdem rem concurrere non posse. Hac ratione si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur , interest, utrum, rem an aestimationem ex testamento consecutus est: nam si rem, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa ;* si aestimationem, *agere potest.*

6. Se sarà stata lasciata l' altrui cosa , ed il legatario ne divenga padrone , *vivendo il testatore,* s'egli l'avrà acquistata per via di compra , può averne il *prezzo*, per azione del testamento; ma se egli l' avrà acquistata a titolo gratuito , come sarebbe a dire per via di donazione, o d' altro simile, non può pretender nulla. Perciocchè si ha per regola, che due cause di guadagno non possono concorrerere in *un medesimo individuo* , ed in una medesima cosa. Per questa ragione, se una stessa cosa è lasciata a qualcuno da due testamenti. è da vedere se abbia ricevuto da prima la cosa o il prezzo ; perocchè s' egli ha ricevuto la cosa , non può domandar nulla , avendo ricevuto quella tal

(1) *D. 22, 3, 21, f. Marcian.*

(2) *D. 30, 1.° 71, § 3, f. Ulp. — 32, 3.° 30, § 6. f. Labeone.*

(3) *D. 30. 1.° 39. §§ 7 a 10, f. Ulp. — Ulp. Reg. 24. § 9.—D. 41, 1, 83 § 5, f. Paul.—157, § 6, f. Venul.*

(4) *Paul. Sent. 3, 6, § 8. — D. 30. 1.° 57, f. Ulp.*

cosa a titolo di guadagno; ma s'egli abbia ricevuto il *prezzo*, non gli è vietato di chieder anche la cosa.

Vivo testatore. Vivendo il testatore, o anche in epoca qualunque dopo la sua morte, fino a tanto che il legato non è stato rilasciato. In fatti è regola non già speciale ai legati, ma generale in materia d'obbligazione, che chi deve per una causa di guadagno una cosa determinata è liberato, se il creditore avrà acquistata quella tal cosa a titolo di guadagno: «*Omnes debitores qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditorem pervenisset*» (1).

Pretium: il prezzo che quella tal cosa gli è costata: « *Usque ad pretium quod mihi abest, competet mihi actio ex testamento* » dice Ulpiano (2). Il che devesi applicare non pure al caso di compra, ma eziandio a qualsivoglia altro acquisto a titolo oneroso: il legatario debb' esser compensato di ciò che la cosa gli è costata, perciocchè l'intenzione del testatore è stata ch'egli la dovesse avere gratuitamente.

In eumdem hominem: ciò richiede che si faccia distinzione quando si tratta del padrone e dello schiavo. In fatti noi troviamo nel Digesto che si può legare validamente anche senza condizione ad uno schiavo la cosa che appartiene o che è già dovuta al suo padrone (3). Così se la medesima cosa sarà lasciata in legato da due testatori al padrone ed al suo schiavo, ciascun legato sarà valido e dovrà ricevere la sua esecuzione indipendentemente dall' altro: questo dipende da un principio, che noi abbiam già accennato (p. 278 nota 2) e che fra poco avremo l'opportunità di spiegare. Simigliantemente se la cosa che mi è lasciata in legato sia data a titolo di guadagno, per esempio, di donazione, al mio schiavo, benchè quella tal cosa mi sia acquistata gratuitamente, io potrò sempre coll'azione del testamento chiederne il valore in forza del legato (4). Ed il medesimo sarebbe riguardo al figliuolo di famiglia.

Si aestimationem, agere potest; perciocchè aver ricevuto la valuta non è aver ricevuto la cosa; dunque il benefizio procurato dal testamento eseguito per il primo, non nuoce in nulla all'esecuzione del secondo (5).

VII. *Ea quoque res, quae in rerum natura non est, si modo futura est, recte legatur, veluti fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.*

7. Rettamente si lascia in legato quella cosa, la quale non essendo ancora in natura è per essere nel tempo avvenire, come sarebbe a dire i frutti che nasceranno in quel fondo, o quel che nascerà di quella schiava.

Queste cose future non potevano anticamente esser lasciate in legato in altro modo che *per damnationem* (p. 417) (6).

VIII. *Si eadem res duobus legata sit*, sive conjunctim, sive disjunctim, *si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum; si alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat: Titio et Seio hominem Stichum do lego; disjunctim ita: Titio hominem Stichum do lego, Seio Stichum do lego. Sed et, si expresserit eumdem hominem Stichum, aeque disjunctim legatum intelligitur.*

8. Se si lascerà in legato una cosa medesima a due persone, *o congiuntamente o separatamente*, se amendue vengono al legato, si divide il legato; ma se l' uno di loro manca perchè non si curi del lascito, o si muoia vivendo il testatore, o venga meno in qualunque altro modo, tutto il legato appartiene all' altro legatario suo compagno. E congiuntamente si lascia il legato quando si dice: A Tizio, e Seio do e lascio l' uomo Stico; separatamente quando si dice: A Tizio do e lascio l' uomo Stico; a Seio do e lascio Stico. E quando anche il testatore avesse espressamente detto, il medesimo uomo Stico, il legato del pari s'intende che sia fatto disgiuntamente.

Quì si tratta del diritto di accrescimento tra i collegatarii, materia che trovasi mescolata ai paragrafi che trattano delle *cose lasciate in legato*, e che richiederebbe di essere allogata altrove.

Del diritto di accrescimento tra i collegatarii.

Rimanendo valido il testamento, può intervenire che uno dei legati venga meno (V. quì sopra pag. 388). A questo soggetto si presentano tre casi distinti: 1.° Il legato può esser nullo fin dal principio, per esempio, perchè il legatario all'epoca della disposizione era già morto, o in-

(1) *D. 44, 7, 17, f. Jul. — 32, 3.° 21. § 1. f. Paul.*
(2) *D. 30, 1.° 34. § 7, f. Ulp.*
(3) *Dig. 31, 2.° 82, § 2, f. Paul.*
(4) *D. 30, 1.° 108 § 1, f. Afric.*
(5) *D. 30, 1.° 34. § 2, f. Ulp. — 31, 2.° 66, § 1, e seg. f. Pap. — 50, 16, 88, f. Cels.*
(6) *Gai. 2, § 209.*

capace. Allora si dice che il legato si ha per non iscritto (*pro non scripto*). 2.° Ovvero, essendo la disposizione per se medesima, e da principio valida, il legatario può venir meno al suo legato (*deficere*). Questo ha luogo s'egli lo rifiuti;o se innanzi che il diritto eventuale sia fissato a suo vantaggio (prima del *dies cedit*) sia divenuto incapace, per esempio, s'egli è morto, o ha sofferto la grande o la media diminuzione di capo.Nel qual caso si può dire che il legato è *irritum*, inutile, o *destitutum*, abbandonato. 3.° Ovvero da ultimo il legato, quantunque valido dal principio, e fissato a vantaggio del legatario all'epoca del *dies cedit*,gli può esser tolto per cagione d'indegnità; ed allora chiamasi *ereptitium* (*quae ut indignis eripiuntur*). Or che diviene de'legati venuti meno a questo modo? L'ultimo caso è governato da regole particolari. Quì il diritto si è fissato a benefizio del legatario: ciò che a lui vien tolto per indegnità, è generalmente devoluto al fisco.Ma ne'due primi casi il legatario non vi ha mai avuto diritto; adunque il legato naturalmente,e salvo ogni particolare circostanza, debbe tornare a guadagno dell'erede che n'era gravato: esso era una disposizione messa a suo carico, questa disposizione o è reputata non iscritta, o inutile, ed abbandonata; egli dunque se ne trova liberato. Non pertanto delle particolari circostanze, o delle speziali disposizioni di legge possono fare che la cosa vada altramente. Le circostanze particolari sono il caso in cui la medesima cosa è stata legata a più persone. Le speziali di legge nella successione storica del diritto romano sono la legge Papia Poppea.

In fatti se la medesima cosa sia stata lasciata in legato a più persone,quantunque il legato sia nullo rispetto ad uno di loro,od uno de' legatarî venga meno,non vi sono gli altri collegatarî che possono raccogliere la cosa, che anche ad essi è lasciata in legato? non dee tornare a guadagno di costoro la nullità del legato, o la mancanza di uno tra loro? Ecco la quistione che quì abbiamo ad esaminare.

Chiamansi collegatarii (*collegatarii*) generalmente tutti coloro, a' quali una cosa medesima è stata lasciata in legato per un medesimo testamento. Or questo può aver luogo, come dice il testo, in due modi: o congiuntamente (*conjunctim*), se vi è una sola e medesima disposizione: «Io lego a Tizio ed a Seio l'uomo Stico,» o disgiuntamente (*disjunctim*), se vi sono nello stesso testamento altrettante disposizioni separate, quanti sono i legatarii. «Io lego a Tizio l'uomo Stico ; Io lego a Seio lo stesso uomo Stico , etc.» Sì nell'uno come nell' altro caso dicesi parimente che i legatarii son congiunti, che il legato è fatto a loro congiuntamente (1);ma allora si ha riguardo alla cosa, non già alla disposizione;in fatti in quanto alla cosa essi son sempre congiunti, perciocchè la medesima cosa è stata lasciata a ciascuno.Queste diverse idee trovansi determinate e distinte in altri termini in un'altra classificazione parimente ricevuta da' giureconsulti romani, la quale ci è indicata da Paolo: «*Triplici modo conjunctio intelligitur: aut enim re per se conjunctio contingit* aut *re et verbis*, aut *verbis tantum*» (2). Son congiunti per la cosa solamente (*re conjuncti*, o *re tantum*, o *re non etiam verbis*) coloro, ai quali la medesima cosa è stata lasciata in legato nel medesimo testamento con disposizioni separate (*disjunctim* o *separatim*). Son congiunti per la cosa e per le parole (*re et verbis*) coloro a' quali la stessa cosa è stata lasciata per una sola e medesima disposizione (*conjunctim*).Da ultimo son congiunti solamente per le parole (*verbis tantum*, o *verbis,non etiam re*) quelli a cui la medesima cosa è stata lasciata, ma con indicazione di parti tra loro: per esempio: Lego a Tizio ed a Seio il tal fondo per parti eguali, o a ciascuno per metà, o in qualunque altra proporzione (3). Quì i legatarii non sono realmente congiunti nè collegatarî; non vi ha che l'apparenza; a dir vero non è lasciata loro una sola e medesima cosa, ma più cose distinte e separate: a ciascuno la sua parte.Tuttavia questa spezie di congiunzione non lasciava di produrre un certo effetto sotto la legislazione della legge Papia Poppea.

Per dar lume e chiarezza a ciò che risguarda il diritto di accrescimento,è mestieri seguire la progressione istorica del diritto (4). Tre principali epoche son da distinguere.

---

(1) *Dig. 32, 3.° 80, f. Cels.*

(2) *Dig. 50, 16, 142, f. Paul.*

(3) «*Re conjuncti videntur, non etiam verbis cum duobus separatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re:* Titio et Seio fundum aequis partibus do lego: *quoniam* semper partes habent legatarii». *Dig. 32, 3.° 89, f. Paul.*

(4) Ved. su quest' argomento le due opere speciali che seguono: Holtius Analyse historique du droit d' accroissement entre legataires d' apres le

I. *Epoca della distinzione de' legati in quattro classi; ma anteriormente alla legge* Papia Poppea. In questo periodo, dalla formola medesima, e rigorosamente, secondo i termini, e gli effetti di questa formola convien giudicare delle diverse conseguenze del legato, e segnatamente di quella che addomandasi *diritto di accrescimento*. Se si tratta di un legato *per vindicationem*, e sia la medesima cosa lasciata in legato a più persone sia *conjunctim*, sia *disjunctim*, l'accrescimento ha luogo: vale a dire, se uno de' legatarî venga meno, o il legato sia nullo (*pro non scripto*) rispetto a lui, la sua porzione si accresce al collegatario (1). In fatti qui si tratta di un legato di proprietà; per la medesima formola di siffatto legato tutta quanta la cosa appartiene a ciascuno de' legatarî, la proprietà ne è stata loro trasferita, a ciascuno per l'intero (*in solidum habuerant*). Di tal fatta è l' interpretazione stretta e rigorosa della formola civile anche nel caso che vi sia stata una sola disposizione. « *Titio et Seio hominem Stichum do lego.* » Se i due collegatarî venendo insieme son obbligati a divider la cosa, questo avviene unicamente a cagione del loro concorso (*in solidum habuerant*; *concursu res divisa est*) (2). Cessando il concorso sia per la nullità del legato rispetto ad uno de' legatarii, sia pel venir meno di uno di essi, non dee più alcuna divisione aver luogo: quegli che rimane ritiene la cosa per intero. Di maniera che la frase accrescimento in questo periodo non è veramente esatta; pel legatario che resta solo, piuttosto che diritto di accrescere, vi è diritto di non decrescere. Ma la cosa sarebbe altrimenti se i due legatarii fosser congiunti solamente di parole: « *Titio et Seio fundum aequis partibus do lego* ». Secondo la medesima formola la proprietà non è stata trasferita a ciascuno per intero, ma sibbene per una parte, quantunque per indiviso; qualunque sia la sorte dell'altra parte; ciò non può modificare il loro dritto.

Se si tratta di un legato *per damnationem*, l'accrescimento non ha mai luogo. In fatti: o il legato della medesima cosa a più persone è stato fatto congiuntamente: *Heres meus fundum Titio et Seio dare damnas esto*; » e cosiffatto legato non ha trasferito a' legatarii alcun diritto di proprietà, ma solamente un dritto di credito in comune; or è regola generale di diritto, che i crediti (*nomina*) che sono in comune a vantaggio, o a carico di più persone, si dividono per la loro medesima natura (3). Tizio e Seio adunque hanno unicamente un'azione contro l' erede, ciascuno per la metà del fondo, senza che la sorte dell' una possa aver influenza su quella dell' altra. Il medesimo effetto di divisione che avrebber prodotto relativamente alla proprietà i termini *aequis partibus* aggiunte nella formola per *vindicationem*, il medesimo per la natura essenzialmente divisibile dell'obbligazione vien prodotto nel legato *per damnationem*, relativamente al credito che nasce dal legato. Dunque non vi è accrescimento (4): » *Jus accrescendi cessat: non immerito, quoniam damnatio partes facit*, » dicono i frammenti del Vaticano (5). O il legato è stato fatto disgiuntamente: « *Heres meus hominem Sticum Titio dare damnas esto. Heres meus hominem Stichum Seio dare damnas esto*, etc. » Ed in questo caso vi ha tanti crediti, quante disposizioni. Stico è dovuto altrettante volte, quanto è stato lasciato in legato: il concorso non obbliga ad alcuna divisione, o meglio non vi ha concorso, perciocchè non si tratta di proprietà ma di obbligazione; l' erede dovrà dare a ciascun legatario o Stico, o quel ch'egli vale (*singulis solida res debibitur, ut scilicet heres alteri rem, alteri aestimationem praestare debeat* (6), e ciò, qualunque sia la sorte dell' altro legato. O che vi sia nullità, o mancanza per l'uno de' legati, o no, quei che sussistono non patiscono nè accrescimento, nè decrescimento.

Quanto ai legati *sinendi modo*, e *per praeceptionem*, la cui natura era meno pura e distinta, aveano dato luogo pel diritto di accrescimento, a curiose divergenze di opinioni tra' giureconsulti, le

---

droit romain, les lois de Justinien, et les principales legislations modernes de l'Europe; Liegi 1830 8, inserito da prima sotto forma di dissertazione nella Themis t. 9, e 10. — D. Hauthuille: Essai sur le droit d'accroissement, Marseille, 1834, brochure in 8.

(1) *Gai. 2, § 199.— Ulp. Reg. 24, § 12.—Vatic. J. R. Fragm. §§ 75, a 88*, sul diritto di accrescimento nel legato di usufrutto.

(2) *Dig. 7, 2, 3, pr. f. Ulp.*

(3) E però secondo la stessa legge delle Dodici Tavole l'azione *familiae erciscundae* non si applicava ai crediti. *D. 10, 2, 2, § 5, f. Ulp.*

(4) *Gai. 2, § 205. — Ulp. Reg. 24, § 13.*

(5) *Vatic. J. R. Fragm. §§ 85 e 87.*

(6) *Gai. 2, § 205.*

quali sarebbe troppo lungo, e poco utile di qui riferire (1).

II. *Sistema introdotto dalla legge* JULIA *e* PAPIA POPPÆA. Noi abbiamo avuto più d'un'occasione di far parola di queste due leggi (la prima delle quali fu trasfusa nella seconda), che procurarono di por riparo con la fiscalità alla depravazione de' costumi, ed alla scarsezza della popolazione legittima de' cittadini (V. *Histoire du droit Rom.* n.° 68). Esse modificarono sotto due riguardi il diritto di accrescimento che stiamo esponendo: 1.° Colpendo di un'intera, o parziale incapacità di ricevere gli eredi, o legatarii celibi (*coelebes*), o senza figliuoli (*orbi*), e di più prorogando l'epoca dell'adizione, quella del *dies cedit*, cioè della fissazione del diritto fino al giorno dell'apertura delle tavole del testamento (qui sopra p. 422), ne avvenne che talune disposizioni, le quali avrebbero dovuto esser valide, ed acquistate all'erede o al legatario secondo il diritto civile, caddero, furon colpite di decadenza dalla legge PAPIA POPPÆA. Questa immagine della disposizione che cade, passò come espressione figurata nella lingua tecnica del diritto: si chiamò caduca (da *cadere* cadere) ogni disposizione la quale sebbene valida, e devoluta al chiamato, secondo il diritto civile, cadeva in certa guisa dalle sue mani, dalla sua persona, a cagion della legge PAPIA POPPÆA. Il che Ulpiano positivamente ci dice: «*Quod quis sibi testamento relictum, ita ut jure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo*» (2). L'aggettivo *caducus*, *caduca*, *caducum*, significando una qualità che tanto spesso s'incontrava nelle disposizioni testamentarie, si trasformò in sostantivo, divenne parola consacrata, e la materia de' *caduca* tenne il più largo posto negli scritti de' giureconsulti, e nella preoccupazione de' cittadini. Ma è grave errore l'attribuire questa denominazione di *caduca* a tutti i casi in cui una disposizione testamentaria venisse meno. All'epoca storica del diritto che stiamo esaminando, erasi appropriata esclusivamente alle decadenze introdotte dalla legge PAPIA POPPÆA. Quanto alle decadenze che provenivano dall'antico dritto civile, cioè quanto al caso, in cui la disposizione quantunque valida a principio, dovea cadere perchè il chiamato non compariva ne' termini del diritto civile, la legge PAPIA le sottrasse per la più parte alle regole del diritto antico sull'accrescimento, per sottoporle alle medesime regole che i *caduca*; ed allora di siffatte disposizioni si disse, che erano non già *caduca*, ma in *causa caduci*, cioè nella condizione delle disposizioni caduche (3). Riguardo alle disposizioni nulle fin dal principio (*pro non scriptis*) la legge PAPIA non vi si applicava, ed esse rimasero soggette alle regole dell'antico diritto sull'accrescimento.

2. Stabilite così le disposizioni caduche (*caduca*), e quelle che ad esse erano assomigliate (*in causa caduci*) in che modo ne dispose la legge PAPIA? Essa le attribuì non più per esecuzione delle formole del testamento, ma di sua propria autorità, a nuovo titolo, e per la forza medesima della legge agli eredi, ed ai legatarî compresi nel medesimo testamento, e che aveano figliuoli (*patres*). Le cose caduche tolte agli uni, ed attribuite agli altri erano in un tempo medesimo punizione per la sterilità, e ricompensa per la procreazione legittima. E questo non era un diritto di accrescimento, ma sibbene un novello acquisto: e però il nome consacrato fu quello di *jus caduca vindicandi* diritto di rivendicare le cose caduche. Il qual modo di acquisto fu annoverato tra i modi di acquistare il dominio romano in virtù della legge (*ex lege*) (4).

Ma in qual ordine i padri (*patres*) scritti nel testamento saranno chiamati a reclamare le cose caduche come prezzo della loro paternità? Anche quest' ordine fu segnato dalla legge: 1. Da prima i legatarii congiunti che aveano figliuoli, prendendo questa parola *congiunti* nel senso letterale, cioè *congiunti in una sola e medesima disposizione*, il che comprende i legatarî congiunti *re et verbis*, e quelli che son congiunti solamente in apparenza, cioè *verbis tantum*, per maniera che si giugne a questo strano risultamen-

(1) *Gai. 2, §§ 215 e 232.*

(2) *Ulp. Reg. de caduc. § 1.*

(3) *Cod. 6, 51.* De caduc. tollend. *1, §§ 2, 4 e 9, const Justin.*

(4) « *Lege nobis adquiritur veluti caducum vel ereptorium* (o *ereptitium*) *ex lege Papia Poppaea, item legatum ex lege XII. tabularum* ». *Ulp 19, § 17.* Si può congetturar da questo frammento che la disposizione tolta per cagione d'indegnità (questo probabilmente si vuol indicare con la parola *ereptorium* o *ereptitium*) fu attribuita, come le cose caduche, ai padri scritti nel medesimo testamento, in ricompensa della loro paternità.

to, che il *jus caduca vindicandi* è dato a questi ultimi, mentre non è dato a' legatarii congiunti *re tantum*, cioè a coloro, a' quali la cosa è stata individualmente legata per intero (1); la quale stravaganza è difficile a giustificare, se pur non si voglia dire che qui non si tratta di un diritto di accrescimento risultante dal testamento, ma d'un' attribuzione che la legge medesima fa per ricompensare la paternità, e di un ordine da seguirsi in cosiffatta attribuzione; 2. In mancanza di legatarî congiunti, o se alcuno di loro non ha la paternità, gli eredi che son padri; 3. In difetto d'erede che abbia tal qualità, i legatarii benchè non sieno congiunti in modo alcuno; 4. E da ultimo in difetto di ogni persona avente figliuoli, il fisco (2). Una costituzione d'Antonino Caracalla mise bentosto il fisco, che non mancava mai, in luogo di qualsivoglia persona. « *Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur,* » dice Ulpiano (3). Gli uni son puniti, ma non son più ricompensati gli altri: le nuove leggi caducarie divennero in tutto fiscali. Del resto l'attribuzione de' *caduca* fatta in questa maniera per la legge PAPIA POPPEA, essendo una nuova attribuzione, non avea luogo di diritto e forzatamente, ed era lecito di rifiutarla; ma accettata, passava con tutt'i suoi pesi: « *Caduca cum suo onere fiunt* » (4).

La legge PAPIA avea eccettuato dalle sue disposizioni caducarie talune persone, per esempio i discendenti, e gli ascendenti del testatore fino al terzo grado, ai quali avea lasciato per conseguenza il godimento del diritto antico; il che i testi chiamano *jus antiquum in caducis* (5).

III. *Sotto Giustiniano*, le leggi caducarie già abrogate in parte, quanto a' privilegi della paternità nel *jus causa vindicandi*, da Caracalla, e quanto alle pene del celibato da Costantino (6), sono compiutamente e testualmente abrogate (7). Dall'altro lato la differenza tra le quattro spezie di legati non è più. Adunque il diritto di accrescimento tra i legatarii ha mestieri di nuove regole, le quali son contenute nella medesima costituzione che cancella le ultime vestigia delle leggi caducarie (*de caducis tollendis*) (8). Il nostro testo ce ne dà le disposizioni elementari.

L'accrescimento ha luogo in tutt' i legati tra i collegatarî a'quali la medesima cosa è stata lasciata sia congiuntamente sia separatemente. A questo modo svaniscono le distinzioni sottili, è vero, ma tanto ingegnosamente analitiche tra le quattro spezie di legati, tra i casi spezialmente in cui il legato produce la proprietà, e quello in cui non produce altro che un' obbligazione. Giustiniano ha decretato che tutti diano l'azione reale; egli dunque ha adottata la disposizione che riguardava i legati *per vindicationem*: in tutti avrà luogo l'accrescimento. Ma ciò che l'imperadore ha decretato, ben sovente è impossibile; i legati in un gran numero di casi per la natura medesima della cosa legata, non possono altro che ingenerar solamente un' obbligazione; or un' obbligazione si divide di pieno diritto, ciò non ostante non si avrà a fare alcuna differenza. Lo spirito d'unità ren-

(1) A questo modo si spiega un frammento di Paolo (*Dig. 30*. De legatis *3.° 89*), il quale parla di siffatta preferenza data dalla legge PAPIA a' legatarî congiunti *verbis tantum* sui legatarî che non sono congiunti in alcun modo; frammento incomprensibile fino a che si è voluto intenderlo del diritto di accrescimento ordinario tra i collegatarii. Ved. l'*Analyse histor. du droit* d'accroiss. di HOLTIUS da noi citata, *p. 9, a 19*; messa in forma di dissertazione nella THEMIS *t. 9, p. 235, e 534*. Il senso di questo frammento è oramai incontrastabile in ciò che riguarda l'ammissione de'congiunti *verbis tantum* al diritto di reclamare i *caduca*; ma si può aver difficoltà a vedervi ugualmente l'esclusione de' congiunti *re tantum*. Costoro hanno individualmente nel loro legato la cosa per intero: che se un altro, al quale essa sia stata parimente lasciata in legato sia incapace, non dovrebbe la cosa restar sempre per intero a loro, senza dover ricorrere al *jus caduca vindicandi?* Checchè sia di ciò si può vedere una stravaganza, ed una difficoltà analoga negli *articoli 1044 e 145* del nostre codice civile (*Articoli 999 o 1000* delle nostre leggi civili).

(2) *Ved.* intorno a ciò *Gai. 2*, §§ *206 e 207*. Questi particolari che ci sono stati rivelati da Gaio sul *jus caduca vindicandi*, e sull'ordine, nel quale questo diritto era dato a'padri son preziosi. Essi danno lume e chiarezza sufficiente a diversi passi mal compresi da'giureconsulti, ed anche da'letterati romani. Essi sono stati ignorati da' nostri grandi interpetri del decimo sesto, e decimo settimo secolo, i quali tutti ebbero avviso che i *caduca* fossero direttamente attribuiti al fisco dalla legge PAPIA. Einnecio, al quale siam debitori di un opera di molto pregio intorno a siffatta legge, è caduto, come gli altri, in questo errore.

(3) *Ulp. Reg. 17*, § *2*. (4) *Ivi* § *3*.

(5) *Ulp. Reg. 18*. Qui habeant jus antiquum in caducis—*Cod. 6, 51, 1, pr. const. Justin*. Caracalla attribuendo tutti i *caduca* al fisco avea rispettato questo diritto: *sed servato jure antiquo liberis et parentibus*.

(6) C. 8, 58. *De infirmandis poenis coelibatus, orbitatis et de decimariis sublatis*.

(7) C. 6, 51. *De caducis tollendis*.

(8) C. 6, 51. *De caducis tollendis*.

de semplice la legislazione, ma a costo di non tener più conto di quelle delicate gradazioni e varietà, che si scovrono da un sottile ragionamento (1).

Tuttavia se l' accrescimento ha luogo allorchè la medesima cosa è stata legata tanto congiuntamente, quanto separatamente, esso non ha luogo allo stesso modo. Nel primo caso (tra congiunti *re et verbis*) l'accrescimento è volontario, esso torna a profitto di colui che lo accetta, ma ha luogo con tutt' i suoi carichi, cioè con tutti i pesi che gravavano il legato divenuto caduco: quì l'imperadore segue la legislazione della legge PAPIA. Nel secondo caso al contrario (tra congiunti *re tantum*) l' accrescimento è forzato ma si opera senza alcun peso (2).

Da qual' idea di ragionamento si è mai dedotta cosiffatta distinzione? In questa epoca non è più quistione di formole, di effetti rigorosi risultanti da'loro termini sacramentali; le disposizioni s'interpetrano principalmente dall'intenzione del testatore. Or nell'ultimo caso, cioè tra congiunti *re tantum*, siccome la cosa è stata lasciata separatamente a ciascuno per intero, in guisa che non vi è un solo legato, ma tanti legati distinti, egli è veramente impossibile, malgrado la sparizione delle formole, di scorgervi un accrescimento; questa parola che vi si applica, è al tutto impropria: ciò che ha luogo non è accrescimento, ma non è decrescimento, il legato che rimane solo resta come il testatore lo ha fatto, non venendo alcuno ad obbligare il legatario ad una divisione. Al contrario in quanto al primo caso, cioè a quello in cui il legato è stato fatto congiuntamente (*re et verbis*) vi è una sola, e medesima disposizione, i legatarî sono stati in certa guisa associati dal testatore in un diritto per indiviso: in conseguenza Giustiniano riguarda la mancanza di uno de' legatarî come quella che dà luogo ad un vero accrescimento, venendo la parte dell'uno a congiugnersi a quella dell' altro. Se i legatarii son congiunti *verbis tantum*, essi non sono realmente collegatarii della medesima cosa, e però non può aver luogo alcuno accrescimento. Almeno questa è l'opinione che noi adottiamo, eziandio per la legislazione di Giustiniano (3).

Poco importa che il legatario, a vantaggio del quale dee operarsi l'accrescimento viva ancora, o sia già morto al momento che quest' accrescimento sopravviene; purchè egli sia morto dopo che si è fissato a suo vantaggio il diritto eventuale al legato (dopo il *dies cedit*), ed in conseguenza dopo ch' egli ha trasmesso il suo diritto a' suoi eredi, questi profitteranno dell' accrescimento, « *Quia retro accrevisse dominium ei videtur* », dice Ulpiano (4). Ecco perchè si dice talvolta, che la parte del mancante si accresce non alla persona, ma alla parte. Espressione al tutto inesatta, se s'intenda nel senso che sia mestieri che questa parte sussista ancora. L'esistenza della parte non è materialmente necessaria più che quella della persona. Quantunque la parte già ricevuta dal legatario, di danaro, di olio, di vino, di bestiame, di animali, di schiavi, di terreno, o di altro qualsivoglia oggetto sia stata consumata, distrutta, o non esista più per una ragione qualunque al momento che si effettua l' accrescimento, ciò non impedisce che l'accrescimento abbia luogo (5). Che anzi supponiamo che si tratti, per esempio, d' una casa, o di un podere, e che la parte di questo podere raccolta dal legatario morto sia stata venduta ad un terzo prima dell'accrescimento, quan-

(1) Malgrado la disposizione di Giustiniano, numerose tracce dell' antico diritto son rimaste nei frammenti del Digesto per tormento de' comentatori. Segnatamente *D. 30, 1.° 16, pr. f. Pomp.; 34, § 9, f. Ulp.; 82, § 5, e 84, § 8, f. Jul. — 31, 2.° 7, f. Paul.; 13, pr. e § 1, f. Pomp.; 89, § 2, f. Scaev. — 32, 3.° 38, § 2, f. Scaev. — 41, § 9, f. Scaev. e 89, f. Paul. — 33, 2, 1, 14, f. Cels.*

(2) *C. 6, 51, 1, § 11.*

(3) Non può sotto Giustiniano esser quistione del diritto di preferenza che loro è conceduto dalla legge PAPIA, e malamente se n' è lasciato un vestigio in un frammento messo nel Digesto (V. qui sopra *p. 430 not. 1.*). Non pertanto anche tra i moderni interpetri pensano alcuni che Giustiniano abbia dato a questi *conjuncti verbis tantum* il diritto di accrescimento, come aveano per la legge PAPIA il *jus caduca vindicandi*.

(4) *D. 9, 2, 17, § 1, f. Ulp.; 34, f. Marcel. 35, f. Ulp.* — Un frammento di Giuliano (*Dig. 35, 1, 26, § 1*, dà un esempio de' casi ne' quali questo può accadere.

(5) Ved. un applicazione pel caso di legato di usufrutto: *D. 7, 1, 33, § 1, f. Papin.; e 7, 2, 10, f. Ulp.* — Secondo noi, non è questa una eccezione particolare al caso di usufrutto, come dice il nostro collega DUCAURROY (*Inst. expliq. t. 2, p. 234, nota 1*), ma una regola generale. — L'accrescimento in materia di usufrutto ha delle altre particolarità: così morto l' uno de' legatarî anche dopo il *dies cedit*, o dopo l'esercizio del suo godimento, i suoi eredi non hanno più alcun diritto: inoltre la sua parte in luogo di far ritorno alla proprietà si accresce a' suoi collegatarî sopravviventi. (Ved. quì sopra *pag. 280*).

do l'accrescimento avrà luogo, questo non si farà alla porzione del podere tra le mani del terzo, ma sarà a guadagno degli eredi che rappresentano il legatario premorto. La parte adunque non si accresce alla parte, materialmente parlando; neppure si accresce all'individuo fisico, corporale che è morto, ma sibbene alla persona giuridica, a quella che non si distrugge per la morte; ma si continua dagli eredi. Essa si accresce, se così meglio si ami dire, alla parte giuridica considerata in astratto come diritto, come cosa incorporale deferita dal legato, ed annessa alla persona giuridica.

Se vi sono più collegatarî, la parte di colui che manca si accresce agli altri in proporzione della parte di ciascuno (1). E se si trovano nel tempo medesimo dei collegatarii *re tantum*, e degli altri *re et verbis*, questi son preferiti tra loro. A cagione d'esempio, se si è lasciato in legato un podere a 1. separatamente, a (2, e 3. congiuntamente) a (4. 5, e 6. anche congiuntamente) questi sono come tre legati distinti, il podere debb' esser diviso in tre parti, salvo la suddivisione per capi nelle disposizioni che comprendono più collegatarii. Se qualcuno de'legatarii venga a mancare, l'accrescimento si fa da prima in ciascuna disposizione; ed in seguito dall'una all'altra, se alcuna di esse venga a mancare in tutto.

Proseguimento. Delle cose che si possono lasciare in legato.

IX. *Si cui fundus alienus legatus fuerit, et emerit proprietatem detracto usufructu, et ususfructus ad eum pervenerit, et postea ex testamento agat: recte eum agere* et fundum petere *Julianus ait*, quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet; *sed* officio judicis contineri, *ut, deducto usufructu, jubeat aestimationem praestari.*

9. Se sarà lasciato in legato ad alcuno l'altrui fondo, ed il legatario compri la nuda proprietà di quel fondo lasciando l'usufrutto, e quest'usufrutto gli pervenga di poi, Giuliano dice che egli può rettamente intentare l'azione del testamento, e *domandare il fondo*, perciocchè nella petizione l'usufrutto *è in luogo* di servitù, ma *appartiene all' ufficio del Giudice* di comandare all'erede che dia al legatario la sua valuta, fatta deduzione dell'usufrutto.

Et fundum petere. Egli dee domandare il fondo quantunque ne sia proprietario, e non già il prezzo che gli è costata la nuda proprietà, perchè la cosa che gli si è lasciata in legato è il fondo.

Ma domandando il fondo non domanderà egli più di quel che gli è dovuto? perocchè egli ha acquistato a titolo oneroso solo la nuda proprietà, l'usufrutto gli è venuto gratuitamente, e' non può per questo riguardo pretendere alcun compenso: se egli domanda il fondo senza dire che si debba far deduzione dell'usufrutto, non vi sarà eccesso nella sua domanda, e per conseguente non dovrà egli in conformità de'principî del diritto romano decadere dalla sua azione per aver domandato più di quel che gli si doveva (2)? Su tale quistione Giuliano risponde negativamente.

Quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet. Questa è la ragione della sua risposta. La domanda d'un fondo si intende sempre fatta, ancorchè non sia espressa, deducendone le servitù che gravano esso fondo; medesimamente quì si riputerà fatta, con deduzione dell'usufrutto che è venuto gratuitamente. Se la parola *fundus* dinota ordinariamente la proprietà piena ed intera, ciò s'intende sempre tranne le servitù: or l'usufrutto è una servitù: dall'altro lato *fundus* si adopera talvolta per dire la nuda proprietà: «*Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse etiam cum ususfructus alienus est: quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter*» dice Paolo (3). Or quando nell'*intentio* della domanda vi è una parola dubbiosa, si dee sempre interpetrare d'una maniera favorevole all'attore: «*Si quis intentione ambigua, vel oratione usus est, id quod utilius ei, accipiendum est* (4).

Officio judicis contineri: il legatario domanda in conformità della disposizione testamentaria per l'azione *ex testamento* la cosa legata; ma il giudice non dee comandare che gli sia data in natura, essendochè il legatario già ne è proprietario e possessore. Si tratta solo di pronunziare una condanna ed una somma equivalente. Or questa condanna nella nostra ipotesi comprenderà la valuta del fondo, fatta deduzione dell'usufrutto (5).

X. *Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile legatum est, quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest; et licet alienaverit, eam non debetur nec ipsa, nec aestimatio ejus.*

---

(1) *D. 31, 2.° 41, pr. f. Javol.*
(2) *Inst. 4, 6, 33.* (3) *D. 50, 16, 25, pr. f. Paul.*
(4) *D. 5. 1, 66; f. Ulp.*
(5) *D. 30, 1.° 82 § 2, f. Julian.*

10. Se alcuno lascerà in legato la cosa medesima del legatario, il legato è inutile, perciocchè quel che è suo proprio non può esser più suo di quel che è, e *quantunque egli l' abbia alienata*, per questo non gli è dovuta nè la cosa nè il prezzo.

Licet alienaverit eam: questa è una applicazione della regola Catoniana; siccome il legato dal principio è stato invalido, inutilmente il legatario aliena la sua cosa dopo che è fatto il testamento. Abbiamo la medesima decisione in un frammento di Ulpiano nel Digesto (1). Non per tanto un altro frammento di Celso presenta questo caso precisamente come uno di quelli ne'quali la Regola Catoniana non dovrebbe avere effetto (2).

XI. *Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum*: *nam* plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione.*Sed et si legatarii putavit, valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere.*

11. Se alcuno lascerà la cosa sua quasi come fosse d'un' altro, il legato vale; perciocchè *nella realtà, vi è più che non è nella sua opinione*. E eziandio se egli si pensò che quella tal cosa fosse del legatario, il legato vale, perciocchè la volontà del morto può aver la sua esecuzione.

Plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione. Generalmente si è sempre riguardato questo aforismo come una regola di diritto, la quale significherebbe che debbe aversi più riguardo alla realtà che all'opinione. Siffatta regola sarebbe ben lungi dall'essere esatta. A noi pare che il testo non dica altro se non che essendo, nella spezie, la realtà anche al di sopra di ciò che opina il testatore, vale a dire, essendo il testatore proprietario della cosa, quando crede di non esserne proprietario, il legato debba esser mantenuto *a fortiori*: perciocchè se egli ha voluto lasciare una cosa credendo di non esserne proprietario, a più forte ragione convien dire che il voglia quando si trova in una posizione più favorevole (3). E però noi troveremo nel Digesto de'casi inversi, in cui i giureconsulti ci diranno al contrario: *Plus est in opinione quam in veritate* (4). Il che ha luogo principalmente quando il testatore ha lasciata la cosa altrui credendo di esserne egli proprietario; nel suo pensiero egli ha creduto di aver più diritto che infatti non avea, dal che si può dubitare ch'egli non avrebbe fatto il legato, se avesse conosciuto la realtà: e però noi abbiam veduto qui sopra (pag. 427) che basta in questo caso il suo errore per render nullo il legato. Dunque i termini *plus est in veritate*..... etc. a noi pare che più frequentemente non esprimano altro che un fatto esistente in ciascuna spezie particolare, e dal quale deducono delle conseguenze diverse secondo i casi; ma non già una regola di diritto.

XII. *Si rem suam legaverit testator, posteaque eam alienaverit; Celsus existimat*, si non adimendi animo vendidit, *nihilominus deberi, idque divi Severus et Antoninus rescripserunt, iidem rescripserunt eum, qui post testamentum factum praedia quae legata erant pignori dedit*, ademisse legatum non videri, *et ideo legatarium cum herede agere posse, ut praedia a creditore luantur. Si vero quis partem rei legatae alienaverit, pars quae non est alienata omnimodo debetur, pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo aliendta sit.*

12. Se il testatore lascerà in legato la cosa sua, e dopo l'alieni, Celso pensa che *s'egli l'ha venduta non con animo di torla al legatario*, quella tal cosa si debba al legatario, e così rescrissero i divini Severo ed Antonino, ed i medesimi rescrissero che colui il quale dopo aver fatto il suo testamento abbia impegnato que' poderi che avea lasciati in legato non pare, abbia animo di torli al legatario, e però questi potrà obbligare l' erede a riscattare i poderi. Ma se alcuno avrà alienato parte della cosa lasciata, la parte che non è alienata si debbe in ogni modo, e la parte alienata si debbe solamente quando sia stata alienata con animo di non torla al legatario.

La ragion di metodo vorrebbe che questo testo fosse piuttosto allogato sotto il titolo dalla rivocazione de'legati. In fatti questa rivocazione anche sotto l' impero del diritto civile puro poteva aver luogo non solo espressamente per una formola contraria a quella che avea costituito il legato, ma eziandio indirettamente come conseguenza di fatti che avessero estinta la disposizione, per esempio se il testatore l'avesse cancellata, ovvero avesse ridotta la cosa a tale da non poter esse-

(1) *D. 30, 1.º 41, § 2, f. Ulp.*
(2) *D. 34, 7, 1, § 2, f. Cels.*
(3) Il senso, come noi lo intendiamo, è manifesto nella seguente legge: *D. 22, 6, 6, § 4. f. Paul.* — Ed ancora: *40, 2, 4, § 1, f. Julian.*
(4) *D. 29, 2, 15, f. Ulp.* Qui l' erede del quale si tratta si crede più legato che in fatti non e, e ciò basta perchè egli non possa validamente ripudiare l'eredità. Tuttavia nel frammento di Paolo: *D. 41, 4, 2, § 15, f. Paul.* la frase. *Ut hic plus sit in re quam in existimatione* è presa in questo senso, che in questa specie la realtà dee prevalere all'opinione. — Il frammento: *D. 47, 10, 18, §§ 3, e seg.* ci mostra de' casi ne' quali quando alla realtà, e quando all' opinione deesi maggiormente aver riguardo.

re l'oggetto del legato. La giurisprudenza, ed il diritto pretorio più larghi che il diritto civile aveano eziandio ammesso che i fatti, i quali indicassero abbastanza il mutamento di volontà del testatore, potrebbero produrre la rivocazione del legato almeno per via d'eccezione. Or quì si tratta di valutare sotto questo rispetto l'effetto dell'alienazione o dell'ipoteca della cosa legata che il testatore dopo fatto il legato abbia costituita.

Si non adimendi animo vendidit: noi sappiamo da Gaio che questo avviso di Celso non era conforme all'opinione generale. Quanto al legato *per vindicationem* non era possibile alcun dubbio; esso era sempre rivocato per l'alienazione della cosa legata, perciocchè quella tal cosa cessando di appartenere al testatore cessava di poter essere l'oggetto del legato. Quanto al legato per *damnationem* l'opinione generale era che trovavasi eziandio rivocato (*plerique putant*, etc.) non per diritto civile in se medesimo, ma per via d'eccezione, e che il legatario venendo a domandarlo, poteva esser ributtato per l'eccezione di dolo (1). Giustiniano ha adottata l'opinione contraria, che è quella di Celso, confermata da un rescritto di Severo e di Antonino. In fatti potendosi validamente legare la cosa altrui, non l'alienazione in se medesima può rivocare il legato, ma sibbene il cambiamento di volontà che per tale alienazione si manifesta. Se non vi è questo cambiamento di volontà, non vi ha rivocazione (2). La ricompra della cosa non fa rivivere il legato, salvochè il legatario non provi d'esservi intervenuta una nuova volontà del testatore (3).

Ademisse legatum non videri. Non vi è rivocazione se il testatore ha impegnata la cosa, e neppure se l'ha data in fiducia secondo l'antica usanza (4). Infatti per l'ipoteca, o pel pegno il testatore non perde la proprietà, e d'altra parte cotali pegni evidentemente son contrattati per necessità, e però non dinotano alcuna intenzione di rivocare il legato.

XIII. *Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est; et neque ab herede ejus potest heres petere, neque ab alio, qui heredis lo- est, sed et potest a debitore conveniri, ut libe- eum. Potest autem quis vel ad tempus jubere heres petat.*

13. Se un creditore lega al suo debitore la li- razione del suo debito, il legato vale, e *l'erede d. testatore non può chiedere* il credito all'erede d- debitore, o ad altri che sia in luogo di erede; m- può ben esser richiesto dal debitore *che lo libe-* Può alcuno comandar che l' erede non doma- *fino ad un certo tempo*.

Quì si tratta del legato di *liberazione*, materia sulla quale troviamo nel Digesto un titolo speciale (5). O che il testatore abbia detto: lo lascio al tal debitore la sua liberazione (*liberationem legare*); ovvero, io vieto al mio erede di domandargli il pagamento (*herede damnare ne petat*); ovvero, io lascio al tal debitore ciò ch'egli mi deve (*debitoribus ea quae debent legare*): l'effetto è il medesimo; vi è legato di liberazione (6). Potrebbesi dire con sottigliezza che lasciare al debitore ciò ch'egli deve è lasciargli una cosa che gli appartiene, e che per conseguenza il legato non debba esser valido. Ma qualunque si fosse ne' tempi andati il dubbio fatto sorgere da cotale obbiezione, egli è certo che i giureconsulti non vi si arrestarono gran fatto: « *Debitoribus ea quae debent recte legantur*, dice Ulpiano, *licet domini eorum sint* (7) »; ed altrove il medesimo giureconsulto: « *Liberationem debitori posse legare jam certum est* (8) ».

Il legato di liberazione riceve da' principî del diritto romano sull'estinzione delle obbligazioni un carattere tutto particolare. Il legato non è un mezzo riconosciuto dal diritto civile per estinguere le obbligazioni; in conseguenza il debitore malgrado la disposizione fatta in suo favore, resta sempre obbligato secondo il diritto civile: l'erede potrà sempre convenirlo, ma il debitore avrà, per respingere quest'azione, un'eccezione di dolo. In questo senso debbono intendersi quelle frasi del testo: *Neque potest heres petere*. Non pertanto in questo modo il legatario è a discrezione dell'erede, ed essendo sempre esposto agli attacchi del-

(1) *Gai 2*, § *198*.

(2) Se l' alienazione fosse stata fatta per necessità (*necessitate urgente*), apparterrebbe agli eredi di provare l'intenzione di rivocare. *Dig. 32*, *11*, § *12*, *f. Ulp.* — Sarebbe altramente se fosse stata fatta senza niuna necessità, per esempio, per donazione: *D. 34*, *4*, *18*, *f. Mod.*

(3) *Ivi 15*, *f. Paul.*

(4) *Paul. Sent. 3*, *6*, § *16*.—*C. 6*, *37*, *3*, *const. Sever. ed Ant.*

(5) *D. 34*, *3*. *De liberatione legata.*

(6) Ved. diverse formole di questo legato: *D. 34*, *3*.

(7) *D. 34*, *3*, *1*, *pr. f. Ulp.*—*ivi*, *3*, *pr. f. Ulp.*

(8) *D. 44*, *4*. *De doli mali except. 8*, § *1*. *f. Paul.*

l'azione di lui non ha ottenuto ciò che il testatore voleva procurargli, cioè la sua liberazione. E però egli potrà in virtù del testamento mediante l'azione *ex testamento* astringere l'erede a liberarlo, ed estinguere la sua obbligazione con un modo d'estinzione conforme al diritto civile, cioè con una semplice convenzione, col solo consentimento, se si tratta di un'obbligazione contratta in questo modo (V. qui appresso l. 3 tit. 29 § 4) ; e nel caso contrario con l'accettilazione (Ivi §§ 1 e 2). Questo dice il nostro testo con quelle locuzioni: *Potest a debitore convenire ut liberet eum.* L'alternativa trovasi espressa laconicamente da Ulpiano in questi termini: « *Sive a me petatur, exceptione uti possum; sive non petatur, possum agere ut liberer per acceptilationem* (1) », e Paolo dice ancora con più precisione : « *Potest uti exceptione doli mali debitor, et agere ex testamento* (2) ».

Il legato di liberazione può esser fatto anche indirettamente, per esempio lasciando in legato al debitore il titolo della sua obbligazione (*chirographum*): e varrà in questo caso almeno come fedecommesso (3). Noi troviamo nei frammenti de' giureconsulti un gran numero di formole di somiglianti legati, i quali ci provano essersi lasciata la massima latitudine nel loro dettato (4).

Del rimanente il legato di liberazione può applicarsi a ciò che il debitore deve, sia al testatore medesimo, o all'erede, sia eziandio ad un terzo (5); l'erede è tenuto di liberarlo nel primo caso, e di procurargli la sua liberazione nell'ultimo.

Vel ad tempus: il legatario in questo caso non ha il diritto di farsi liberare, egli ha semplicemente un'eccezione *doli mali* dilatoria, ogni qual volta sia convenuto innanzi che sia decorso il tempo stabilito.

XIV. *Ex contrario, si debitor creditori suo quod debet legaverit, inutile est legatum si nihil plus est in legato, quam in debito, quia nihil amplius habet per legatum. Quod si in diem, vel sub conditione debitum ei pure legaverit, utile est legatum propter repraesentationem. Quod si vivo testatore dies venerit, aut conditio extiterit. Papinianus scripsit, utile esse nihilominus legatum, quia semel constitit. Quod et verum est : non enim placuit sententia existimantium, extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenit, a qua incipere non potest.*

14. Al contrario se il debitore lascerà in legato quel ch' egli deve al suo creditore, il legato è inutile se nel legato non è più che nel debito, perciocchè per il legato egli non ha nulla di più. Che se gli lascerà puramente e semplicemente il debito che era determinatamente pattuito di pagargli per un certo dì, o sotto condizione, il legato è valido perchè la scadenza del debito si trova anticipata. Ma se vivendo il testatore verrà il dì posto, o s'adempirà la condizione? Papiniano scrisse che il legato vale perchè da principio è stato valido, la qual cosa è vera. E non piacque l' opinione di coloro, i quali dicevano che il legato era estinto essendo venuto a quel termine dal quale non poteva aver principio.

Legare ad un creditore ciò che gli si deve senza aggiungervi un qualsivoglia vantaggio, non è fargli una liberalità ; non vi è dunque legato (pag. 415). Ma sotto Giustiniano, siccome il legato dà non solamente l' azione personale, ma eziandio l'azione reale ed ipotecaria, sarà cosa ben rara che il legato non sia più vantaggioso del credito.

XV. *Sed si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum, quia* plenius est legatum, quam de dote actio. *Sed si, quam non acceperit, dotem legaverit, divi Severus et Antoninus rescripserunt, si quidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum; si vero* certa pecunia, *vel* certum corpus, *aut* instrumentum dotis *in praelegando demonstrata sunt, valere legatum.*

15. Se il marito lascerà alla moglie in legato la dote, il legato vale perchè l'azione del legato *e più piena che quella della dote*. Ma se egli lascerà in legato quella dote che non ha ricevuta, i divini Severo ed Antonino rescrissero, che se avrà semplicemente lasciato, il legato non vale ; ma s' egli avrà fatta menzione *di una certa quantità, di un certo oggetto, o di una tal somma che si contenga nell' istrumento dotale*, il legato vale.

---

(1) *D. 34, 3, 3, § 3, f. Ulp.*—Ulpiano aggiugne che vi ha de' casi in cui il debitore non potrà farsi liberare per accettilazione, ma solamente per un patto : per esempio se son due condebitori solidali, ed il legato sia stato fatto in favore di un solo, perciocchè l'accettilazione fatta a riguardo di costui estinguerebbe medesimamente il debito riguardo all' altro. Ma che guadagnerà il debitore con questo patto di liberazione ? Un patto non estingue l'azione, ma dà semplicemente un' eccezione, ed il debitore ne avea già una in virtù del testamento. Il guadagno sta in ciò che, intervenuto una volta il patto, il suo diritto sarà meglio assicurato : non avrà più a temere alcuna contestazione nè sulla validità del suo legato, nè su quella del codicillo nel quale per avventura si fosse fatto il legato, nè sulla riduzione della legge Falcidia, nè sopra qualsivoglia altro punto. Egli invocherà il patto, e non già il legato.

(2) *D. 44, 4, 8, § 1, f. Paul.*

(3) *D. 34, 3, 3, §§ 1, e 2, f. Ulp.*

(4) *D. 34, 3, 9, f. Ulp. 12, f. Julian.; 16, fr. Paul. ; 19 e 20, f. Modest. 22, f. Papin.; 25, fr. Paul. 28, e 31. f. Scaev.*

(5) *D. 34, 3 8, pr. f. Pompon.*

Plenius est legatum quam de dote actio: l' azione di dote (*rei uxoriae actio*) lasciava sì al marito, e sì a' suoi eredi obbligati di restituirla, talune agevolazioni per la restituzione, e di più una dilatazione per le cose fungibili; o talune ritenute a farsi, per esempio quella delle spese utili fatte sui beni dotali, diritto che più innanzi avremo occasione di esporre (V. quì appresso lib. 4 tit. 6 § 29), le quali cose il legato affatto non comportava. Adunque era vantaggioso per la moglie richiedere la sua dote per l' azione *ex testamento* in virtù del legato che gliene avesse fatto il marito. E però si vede che il legato della dote fu frequentemente in uso appresso i romani, e la frase di *dos praelegata* era a ciò consacrata (1).

Certa pecunia, certum corpus. Dicendo « io lego a mia moglie ciò ch'ella mi ha recato in dote » se non ha recato nulla, è evidente che non vi ha legato. Ma se il testatore ha detto: « lo lego a mia moglie cento soldi d' oro, ovvero tali schiavi, o tali poderi *ch' ella mi ha recati in dote* », quantunque non abbia recato nulla, il legato è valido, perciocchè le parole *che ella mi ha recato in dote*, sono una falsa qualificazione, la quale non vizia la liberalità (2).

Instrumentum dotis. Non basta che il testatore abbia detto *l' atto dotale*, perciocchè non essendovi stata dote, non vi è stato atto, e per conseguenza non si otterrebbe nulla. Ma la cosa va altrimente se ha detto *tali* somme, o *tali* oggetti contenuti nell' atto dotale: questo dunque è il senso del nostro testo.

Praelegando: La frase *praelegare dotem* era, come noi abbiam veduto, consacrata, probabilmente perchè cosiffatto legato conferiva il diritto di ottenere la dote *prae* anticipatamente, cioè prima del termine conceduto per la sua restituzione.

Perdita, accrescimento, o diminuzione della cosa legata.

I principî che dominano e dan lume a tutta questa materia son quelli del *dies cedit*.

XVI. *Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit. Et si servus alienus, legatus sine facto heredis* manumissus fuerit, *non tenetur heres. Si vero heredis servus legatus fuerit, et ipse eum manumiserit, teneri eum Julianus scripsit;* nec interest scierit, an ignoraverit *a se legatum esse. Sed et si alii donaverit servum, et is, cui donatus est, eum manumiserit, tenetur heres,* quamvis ignoraverit a se eum legatum esse.

16. Se la cosa legata perisce *senza colpa dell' erede, il danno è del legatario*. E se l' altrui schiavo lasciato in legato *sarà fatto libero* senza il fatto dell' erede, egli non è tenuto. Ma se sarà stato lasciato in legato lo schiavo dell' erede, ed egli lo abbia fatto libero, Giuliano scrisse ch' egli è tenuto, *e non importa che l'erede abbia saputo, o non saputo* che il testatore lo avesse lasciato in legato a suo carico. Ed eziandio se l'erede l'abbia donato ad un'altro, e questi l'abbia fatto libero, è tenuto, *quantunque non sapesse essere stato legato a suo carico*.

Sine facto heredis: Non si è detto *senza la colpa*, ma *senza il fatto* dell'erede: perciocchè il semplice fatto sarebbe sufficiente a mantenere la sua obbligazione verso il legatario, come apparisce dalla fine del paragrafo. Se ciò avvenga non pel fatto dell' erede, ma per quello del suo schiavo, l' erede è tenuto d' un' azione *noxale* (3).

Legatario decedit. Poco importa, che ciò sia prima del *dies cedit*, o dopo, o anche posteriormente al *dies venit*. Se prima del *dies cedit*, il legato non avendo più oggetto, svanisce: il legatario non vi ha mai avuto diritto; egli non può neppure domandare gli avanzi, o gli accessorii della cosa (4). Se è dopo il *dies cedit*, o anche dopo il *dies venit*, o che il legatario per effetto del legato sia semplicemente creditore, o che sia di già proprietario della cosa legata, i suoi diritti di proprietà periscono per mancanza di oggetto, ma sussistono in quanto agli avanzi, ed accessorii. Ben inteso che il testatore è rimasto libero di fare in vita, tutto ciò che gli è piaciuto, della sua cosa, e che se essa è perita in quest' epoca per colpa di chicchessia, il legatario non acquista per ciò alcun'azione d'indennità: perciocchè il suo diritto non è mai esistito.

Manumissus fuerit: lo schiavo fatto libero è uscito dalla classe delle cose che sono in commercio, e però il legato, o l' obbligazione ch' esso ha prodotto svanisce per mancanza di oggetto.

Nec interest scierit, an ignoraverit, perchè il semplice fatto dell'erede basta per

(1) V. al Dig. un titolo speciale su questa materia 33, 4. *De dote praelegata.*

(2) *C. 6, 44, 3, const. Diocl. e Maxim. — D. 34, 3, 25. Paul.*

(3) *D, 30 1, 48, pr. f. Pomp.*

(4) *D. 31, 2, 49, pr. f. Paul. — D. 32, 8, 88, § 2, f. Paul.*

mantenere l'obbligazione prodotta dal legato (1).

XVII. *Si quis ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi ancillae mortuae fuerint, partus legato cedunt. Idem est, et si ordinarii* servi cum vicariis *legati fuerint, et, licet mortui sint ordinarii, tamen vicarii legato cedunt. Sed si servus cum peculio fuerit legatus, mortuo servo, vel manumisso, vel alienato, et peculii legatum extinguitur. Idem est, si* legatus fundus instructus vel cum instrumento *fuerit: nam fundo alienato, et instrumenti legatum extinguitur.*

17. Se alcuno lascerà in legato le schiave con i figliuoli, quantunque le schiave vengano a morte, il legato vale quanto a' figliuoli. Il medesimo si dice se saranno lasciati in legato gli schiavi *ordinari* insieme co'*vicari*, perchè se gli ordinarî vengono a morte, il legato vale quanto a' vicarî. Ma se sarà lasciato lo schiavo col suo peculio, morto lo schiavo, o liberato, o alienato, il legato in quanto al peculio eziandio si estingue. Il medesimo si dice del fondo legato *con i suoi strumenti*, perciocchè alienato il fondo, il legato in quanto agli strumenti del pari si estingue.

Se il legato comprende più oggetti distinti e separati, la perdita di uno non trae seco l'estinzione del legato riguardo agli altri. Per contrario la perdita dell'oggetto principale estingue il legato relativamente a tutto ciò che è considerato come accessorio di quest' oggetto. Il nostro paragrafo fa l'applicazione di siffatto principio: il figliuolo non è l'accessorio di sua madre, nè lo schiavo vicario l'accessorio dello schiavo ordinario: il peculio al contrario è l'accessorio dello schiavo (2); gli strumenti son l'accessorio del fondo a cui son destinati (3).

Ordinarii servi cum vicariis: Regolarmente chiamasi servo ordinario colui che nel servizio del padrone è stato specialmente proposto ad un uficio qualunque: cuoco (*coquus*), fornaio (*pistor*), calzolajo (*sutor*), barbiere (*tonsor*), agente (*actor*); quelli poi che sono stati messi a sua disposizione, o comprati da lui sia per aiutarlo nel suo impiego, sia per supplirlo ove faccia mestieri, son suoi *vicarî*. I vicarî faceano parte del peculio dello schiavo ordinario; ond' è venuto un senso più generale per la denominazione di vicario, ed in fine si è adoperata a significare ogni schiavo posto nel peculio di un altro (pag. 92). Nondimeno il legato d'uno schiavo col suo vicario, benchè quest' ultimo sia nel peculio di un altro, si è riguardato come il legato di due uomini distinti, e non di un uomo col suo accessorio, *propter dignitatem hominum*, dicono i giureconsulti romani(4).

Fundus instructus, vel cum instrumento: secondo Labeone non vi ha distinzione a fare tra queste due locuzioni (5). Ma Sabino espose una opinione la quale venne acquistando ogni dì più credito e valore (*quam sententiam quotidie increscere, et invalescere videmus*, dice Ulpiano): il fondo fornito (*fundus instructus*) contiene più che il fondo con i suoi istrumenti (*cum instrumento*). Nel primo caso s' intende il fondo fornito, come trovasi, senza far distinzione di ciò che serve alla coltura, da ciò che è destinato al diletto, o all' utilità delle persone che l'abitano, come le tavole di marmo, i libri, le biblioteche: per modo che si reputa avere il testatore lasciato in legato non tanto l'*instrumentum* del campo, quanto il suo proprio *instrumentum*. Per contrario nel secondo caso si comprende nel legato semplicemente l'*instrumentum* del campo, cioè tutto ciò che serve alla sua coltivazione (6). Secondo Paolo, se il testatore ha detto *fundum et instrumentum* si avranno due legati distinti; e però la perdita del fondo non trarrà seco quella del legato dell' *instrumentum* (7).

XVIII. *Si grex legatus fuerit*, posteaque ad unam ovem pervenerit, *quod superfuerit vindicari potest. Grege autem legato, etiam eas oves, quae* post testamentum factum *gregi adjiciuntur, legato cedere, Julianus ait; est enim gregis* unum corpus, *ex distantibus capitibus, sicuti aedium unum corpus est*, ex cohaerentibus lapidibus.

18. Se sarà lasciato il gregge, il quale *venga poi a ridursi ad una pecora solamente*, si può domandare questa pecora rimasta. E lasciato il gregge in legato, tutte quelle pecore, che nascono *dopo fatto il testamento*, s' intendono essere nel numero del gregge, ed esser dovute al legatario, siccome scrisse Giuliano; perciocchè il gregge è *un corpo* che consiste di diversi capi divisi tra essi, siccome la casa è un corpo che consiste di diverse pietre congiunte insieme tra esse.

(1) *D. 36, 1, 25, § 2, f. Jul.*

(2) Il Digesto contiene un titolo speciale sul legato del peculio: D. 33, 8. *De peculio legato.*

(3) Similmente pel legato di un fondo fornito di strumenti, o con i suoi strumenti: D. 33, 7. *De instructo vel instrumento legato.*

(4) *D. 21, 1, 44, pr. f. Paul.—33, 8, 15, f. Alf. Var.; 16, f. Afric.; 25. f. Cels. —Inst. 4, 7, § 4.*

(5) *D. 33, 7, 5, f. Labeon.*

(6) *Ivi 12, §§ 27, e seg. f. Ulp.; e 16, f. Alfen. — Paul. Sent. 3, 6, §§ 35, e seg.*

(7) *D. 33, 7, 5.*—Del resto il senso latino della parola *instrumentum* non ha l'equivalente in francese (noi abbiamo in italiano *utensile* che in qualche modo vi corrisponde).

Ad unam ovem pervenerit: Quantunque non si possa più realmente dire che esista il gregge (*quamvis grex desisset esse*) similmente se la casa lasciata in legato è incendiata, o rovinata, il legato sussisterà quanto al suolo (1). Diversamente sarebbe a dire dell' usufrutto, come già abbiam veduto (pag. 279), perciocchè il diritto di usufrutto esiste sulla cosa considerata nella sua maniera principale di essere, che si è avuta in vista quando il diritto si è stabilito, e non negli elementi materiali che la compongono.

Post testamentum factum. Il gregge è una sorta d' universalità capace di ricevere accrescimento, o diminuzione negli oggetti individuali che lo compongono. L'epoca da considerare per determinare i diritti del legatario è quì come altrove, quella del *dies cedit*: in questo momento il diritto eventuale del legatario rimane fissato, e determinato relativamente alle cose, ed alle persone: adunque il legato cade sul gregge tal quale in quel momento si trova (V. quì sopra §. 3).

XIX. *Aedibus denique legatis, columnas et marmora, quae* post testamentum factum *adjecta sunt, legato* (dicimus) *cedere.*

19. Finalmente essendo lasciate in legato le case, diciamo che al legato cedono le colonne ed i marmi, che *dopo fatto il testamento*, vi sono stati aggiunti.

Post testamentum factum: fino al *dies cedit*. Sempre il medesimo principio.

XX. *Si peculium legatum fuerit, sine dubio quidquid peculio accedit vel decedit vivo testatore, legatarii lucro, vel damno est. Quod si post mortem testatoris ante aditam haereditatem servus acquisierit, Julianus ait si quidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne, quod ante aditam hereditatem acquisitum est, legatario cedere, quia dies hujus legati ab adita hereditate cedit; sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi* ex rebus peculiaribus *auctum fuerit. Peculium autem, nisi legatum fuerit, manumisso non debetur, quamvis si vivus manumiserit, sufficit si non adimatur*; et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt, *peculio legato non videri id relictum, ut petitionem habeat pecuniae, quam in rationes dominicas impendit. Iidem rescripserunt,* peculium videri legatum, *cum rationibus redditis liber esse jussus est, et ex eo reliquas inferre.*

20. Se sarà lasciato il peculio, ciò che è aggiunto, o menomato al peculio, vivendo il testatore è a guadagno, o a danno del legatario. E se lo schiavo dopo la morte del testatore innanzi che si facesse l' adizione, avrà fatto acquisto di qualche cosa, disse Giuliano, che se il peculio sarà lasciato allo schiavo fatto libero nel testamento, quel tanto ch' egli si acquistò innanzi che l' adizione si facesse, debba cedere al legatario, perciocchè per siffatto legato il diritto si fissa al tempo dell' adizione dell' eredità; ma se il peculio sarà stato lasciato ad estranea persona, questa non profitta dell' aumento, salvochè quest' aumento non provenga *dalle cose medesime del peculio.* Il peculio poi non si aspetta allo schiavo fatto libero, se non gli vien lasciato in legato, mentrechè se sarà stato liberato, vivendo il testatore, riceve il peculio insieme con la libertà, se pure non gli fosse spezialmente levato, e *così rescrissero i divini Severo ed Antonino. I medesimi rescrissero*, che essendo lasciato il peculio in legato, non s' intende che sia lasciato allo schiavo il diritto di chiedere quel tanto ch' egli spese pel suo padrone. E rescrissero i medesimi *che si riputerà legato il peculio*, se fu comandato che il servo fosse libero dopo aver reso i conti, e saldato sul peculio ciò ch' egli rimanesse a dare.

Per mezzo de' principii che abbiamo esposti intorno al *dies cedit* (pag. 442 e seg.) si rende assai chiara ed agevole la intelligenza di questo paragrafo, perciocchè in esso si contiene la loro applicazione.

Il peculio, come il gregge è una spezie di universalità, che si accresce, o scema. In qual momento si avrà esso a riguardare se è stato lasciato in legato? Non altrimenti che per le altre cose, nel momento del *dies cedit*, perciocchè allora resta fissato il diritto del legatario. Basta dunque ricordarsi qual' è questo momento.

Se il legato è stato fatto puramente e semplicemente ad un estraneo, noi sappiamo che la fissazione del diritto eventuale (il *dies cedit*) ha luogo al momento della morte (pagina 421): il legato adunque cade sul peculio tal quale trovavasi in quel tempo. Per contrario se il legato è stato lasciato insieme con la libertà al proprio schiavo del testatore, noi sappiamo che la fissazione del diritto (il *dies cedit*) ha luogo nel momento che lo schiavo acquista la libertà, cioè quando si fa l'adizione dell'eredità (pag. citat.); il diritto del legato adunque si fisserà sul peculio tal quale trovasi in quel tempo (2). La stessa quistione si presenta, intorno al legato di un gregge o di qualsivoglia altra universalità, e simigliantemente debb' esser risoluta.

Ex rebus peculiaribus. Ben inteso che

(1) *D. 30, 1, 22, f. Pomp.*

(2) *D. 33, 8, 8, § 8, fragm. Ulpian. — 36, 2, 17, frag. Julian. — 15. 1, 57, §§ 1, e 2, fragm. Tryph.*

se non si tratta di nuove aggiunzioni, ma di un accrescimento che proviene dalle stesse cose del peculio, per esempio, dall'alluvione de' campi, dall' accrescimento degli animali, etc. questi aumentamenti, benchè sopravvenuti dopo il *dies cedit*, appartengono al legatario.

Ita divi Severus et Antoninus rescripserunt: Gl'imperadori Diocleziano, e Massimiano decisero egualmente in una costituzione che si trova nel codice di Giustiniano (1): lo schiavo francato tra vivi porta seco il suo peculio, se il padrone espressamente non glielo toglie, perciocchè quì il consentimento del padrone è manifesto: se in luogo di ritenere il peculio, egli permette che lo schiavo lo porti seco, ciò significa che egli intende donarglielo. Per contrario lo schiavo fatto libero per testamento non ha diritto al peculio se non quando gli sia stato lasciato in legato; perciocchè non vi è alcun atto che manifesti nel padrone l' intenzione di donarglielo.

Iidem rescripserunt. Le parole di questo rescritto ci son tramandate da Ulpiano: « *Cum peculium servo legatur, non etiam id conceditur, ut petitionem habeat pecuniae, quam se in rationem domini impendisse dicit* (2) ». Non vi può esser vero debito tra il padrone e lo schiavo che ha un peculio, perciocchè in sostanza non solamente il peculio, ma lo schiavo medesimo appartengono al padrone. Ma può esservi di fatto un conto tra di loro, se per esempio lo schiavo ha anticipato dal suo peculio qualche cosa pel padrone. Di siffatte anticipazioni parla il rescritto di Severo e di Antonino, e non permette allo schiavo di richiederle, quando gli è stato lasciato il peculio in legato, salvochè il padrone non avesse manifestata l'intenzione che cotali spese gli fossero rimborsate. Ma ciò che non può domandare direttamente, potrebbe ritenerlo per compensazione, se egli medesimo avesse a render qualche cosa al padrone (3).

Peculium videri legatum: Quì vi è un legato indiretto del peculio, in fatti se l'intenzione del testatore era necessaria, non era però indispensabile che fosse formalmente espressa, bastava che risultasse sufficientemente dalle circostanze (4).

XXI. *Tam autem corporales res, quam incorporales legari possunt. Et ideo, et* quod defuncto debetur, potest alicui legari, *ut actiones suas heres legatario praestet, nisi exegerit vivus testator pecuniam: nam hoc casu legatum extinguitur. Sed et tale legatum valet:* DAMNAS ESTO HERES, DOMUM ILLIUS REFICERE, VEL ILLUM AERE ALIENO LIBERARE.

21. Possono essere lasciate in legato tanto le cose corporali, quanto le incorporali, laonde se alcuno ha debito col testatore, questi *può legare ciò che gli è dovuto*, in modo che l'erede sia tenuto di cedere le sue azioni al legatario, se il testatore per avventura non avesse egli medesimo riscosso il credito, perciocchè in questo caso il legato si estingue. Vale anco il legato fatto in questa maniera: IL MIO EREDE SIA CONDANNATO A RISTAURARE LA CASA DEL TALE, OVVERO A PAGAR I DEBITI DEL TALE.

Il testo quì ritorna alle cose che possono esser l'oggetto de'legati.

Quod defuncto debetur potest legari: Questo vien detto legato di credito (*legatum nominis*) (5). L'effetto generale di cosiffatto legato ci è indicato dal testo. La persona giuridica del defunto non passa al legatario, ed il testatore non può fare che sia altramente; il solo erede continua la sua persona; questi dunque, non ostante il legato del credito, continua come rappresentante del defunto ad esser creditore, e ad avere le azioni. L'effetto del legato si limiterà ad obbligarlo a dare al legatario le sue azioni (*ut actiones suas legatario praestet*): a cedergliele, il che non si può fare altrimente che costituendo il legatario come una specie di mandatario, di procuratore nel suo proprio interesse (*procurator in rem suam*). Del resto a ciò si limita l'obbligazione dell'erede; egli non garentisce punto la solvibilità del debitore, e neppure l'esistenza del credito (6).

Il testo ci dà in seguito degli esempii di legati, i quali consistono in atti imposti all'erede; o che questi siano atti da farsi, o da tollerarsi dall' erede, purchè non sieno impossibili, o illeciti, il legato è valido (7).

XXII. *Si generaliter servus, vel alia res lega-*

(1) *C. 7, 23*,
(2) *D. 35, 8, 6 § 4, f. Ulp.*
(3) *Ivi* — Ved. *Ivi 5, f. Paul. e 6, § 5, f. Ulp.* pel caso che si tratti di debiti, o di crediti tra il peculio, e non già il testatore ma l' erede. In questo caso se ne dee sempre render ragione. — Ved. eziandio *D. 15, 17, § 6, f. Ulp.* per la medesima questione nel caso del peculio dato allo schiavo non per legato, ma tra vivi.
(4) *D. 33, 8, 8, § 7, f. Ulp.*
(5) *D. 30, 1.° 44, § 6, f. Ulp.*
(6) *D. 30, 1.° 105, f. Julian.; 39, § 3, e 75, § 2, f. Ulp. — 34, 3, 10, f. Julian.*
(7) *D. 30, 1.° 112, §§ 3, e 4, f. Marcian.*

tur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.

22. **Se alcuno parlando generalmente lascia uno schiavo o una cosa, il legatario ha l'elezione, se per avventura il testatore non avesse altramente disposto.**

Quì si tratta del caso in cui il testatore ha legata una cosa nel suo genere (*rem in genere*; *rem generaliter*), e non già un corpo certo, un' oggetto determinato quanto all' individuo, *speciem*, come dicono i romani, e questo è detto da'comentatori, *legatum generis*. Per la validità di cosiffatto legato egli è indispensabile che il genere sia determinato entro certi confini, perciocchè se si fosse, per esempio, lasciato in legato un animale, una pianta, il legato sarebbe derisorio, di cosa incerta, e per conseguenza nullo (1). Il medesimo sarà eziandio se il testatore avrà legata una casa, un podere, e che non vi sia di tali cose nella sua eredità; la disposizione è così ampia, ed è tale la latitudine, che il legato è piuttosto derisorio che utile (*magis derisorium est, quam utile legatum*); ma se nell'eredità vi ha delle case, o de'poderi, questa circostanza determina sufficientemente l'oggetto del legato; una tra queste case uno tra questi poderi sarà certamente dovuto (2). Per contrario se avrà legato uno schiavo (*hominem*), un cavallo, non è necessario che se ne trovi nell'eredità; perciocchè l'oggetto del legato è sufficientemente determinato dal genere (3).

A chi apparterrà la scelta, al legatario o all'erede? Gli antichi giureconsulti distinguevano: se il legato era fatto *per vindicationem*, « TITIO HOMINEM DO, » il che poteva solamente aver luogo, quando vi erano nell'eredità oggetti di tal genere, la scelta si apparteneva al legatario, perchè il legato conferiva l'azione reale, la *rei vindicatio*: or per reclamare una cosa che si pretende esser propria, è mestieri indicarla (4). Per contrario se il legato era *per damnationem*, « HERES MEUS DAMNAS ESTO HOMINEM DARE », legato che poteva aver luogo o che vi fossero, o che non vi fossero di tali cose nell' eredità, siccome il legatario avea semplicemente l'azione personale, si seguiva la regola comune delle obbligazioni: l' erede obbligato si liberava dando a sua scelta la cosa dovuta (5). Sotto Giustiniano, il quale riunisce per tutt'i legati l'azione reale, e l'azione personale, vien di conseguenza che in tutti i casi diasi la scelta al legatario: « *Verius dici electionem ejus esse, cui potestas sit, qua actione uti velit, id est legatarii* » (6). Ma vi ha de'casi, in cui, non ostante la decisione di Giustiniano, il legatario non potrebbe avere azione reale; come sarebbe quando l'eredità non contiene alcun oggetto del genere legato; in questi casi essendo l'erede obbligato per semplice azione personale, a lui debbe appartenere la scelta (7). Salvo però in qualunque caso la disposizione contraria del testatore.

A chiunque spetti la scelta, essa non dee cadere nè sul migliore oggetto, nè sul peggiore (8).

XXIII. ***Optionis legatum, idest ubi testator ex servis suis, vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat in se conditionem, et ideo, nisi ipse legatarius vivus optaverat, ad heredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra, et hoc ad meliorem statum reformatum est, et data est licentia, et heredi legatarii optare, licet vivus legatarius hoc non fecit. Et, diligentiore tractatu habito, et hoc in nostra constitutione additum est, ut sive plures legatarii existant, quibus optio relicta est, et dissentiant in corpore eligendo,*** **sive unius legatarii plures heredes,** ***et inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, né pereat legatum (quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant), fortunam esse hujus optionis judicem, et sorte esse hoc dirimendum, ut, ad quem sors perveniat, illius sententia in optione praecellat.***

23. **Il legato d'elezione, cioè quando il testatore comandava che il legatario s' elegesse quel che egli voleva o de'suoi schiavi, o di qualunque altra**

(1) « *Legatum nisi certae rei sit et ad certam personam deferatur, nullius est momenti* ». Paul. Sent. 3, 6, § 13.

(2) *D. 30, 1.° 71, pr. f. Ulp.* — Nondimeno secondo le opinioni di diversi interpetri il legato di una cosa *in genere* è sempre nullo se nell' eredità non si trovan cose di questo genere.

(3) *Ulp. Reg. 24, § 14, — D. 50, 1.° 13, f. Pomp.; 37, pr. f. Ulp.* Questo punto però è controverso.

(4) « *Si in rem aliquis agat debet designare rem... appellatio enim rei non genus sed speciem significat* ». D. 6, 1, 6, f. Paul.

(5) *Ulp. Reg. 24, § 14. — D. 30, 1.° 108, § 2, f. Afric.* Evidentemente interpolato da'compilatori del Digesto.

(6) *D. 30, 1.° 108, § 2, f. Afric.*

(7) Confrontate su questo punto i seguenti frammenti del Digesto: *30, 1.° 20, f. Pomp. — 33. 5, 2, § 1, f. Ulp., e 12, f. Julian.* A'quali si oppongono: *30, 1.° 47, § 3, f. Ulp.; — 84 § 3, f. Julian. — 33, 6, 4, f. Paul.*

(8) « *Id esse observandum, ne optimus, vel pessimus accipiatur* ». D. 30, 1.° 37, pr. f. Ulp. — e 110, fr. Afric.

sua cosa, avea in se già ne' tempi addietro una tacita condizione, laonde se il legatario non eleggeva essendo vivo, il legato non trapassava all' erede. Ma per nostra Costituzione anco questo è stato ridotto in meglio, e si è data licenza all' erede del legatario che elegga, quantunque il legatario in sua vita non l'abbia fatto. E trattata la materia con più diligenza si è eziandio aggiunto che, se siano più legatari, a' quali è lasciata l' elezione, e discordino in elegger la cosa, o *siano più eredi del medesimo legatario*, e tra loro discordino quanto all' eleggere, desiderando uno una cosa, e l' altro un'altra, acciocchè non perisca il legato (il che era introdotto da molti de' savi contro ogni carità), si metta alla sorte chi debba esser colui che ha da eleggere, e colui al quale toccherà la sorte sia preferito nell' elezione.

Quì si tratta del legato di ozione, o elezione, nel quale non si lascia una cosa, ma sibbene una facoltà personale, un diritto ad esercitare, il diritto di scegliere: « HOMINEM OPTATO, ELIGITO (1) » l'ozione, l'elezione in se medesima, e però si dice *optio*, *vel electio legatur* (2).

Da questo primo dato aveano i giureconsulti romani con la loro solita logica dedotte le regole speciali a cosiffatto legato. Se si è lasciata in legato una facoltà personale, è mestieri che il legatario medesimo la eserciti: farla esercitare da un altro, sarebbe modificare il legato. Laonde l'elezione non può farsi per via di procuratore (3). Se vi son più collegatarii, in fino a che non si accordino nella scelta, il legato si trova impedito. Da ultimo se il legatario muore prima di aver fatta egli medesimo l' elezione, non trasmette nulla a'suoi eredi: la facoltà personale, che avea, si è estinta con lui, mentre che pel legato di una cosa *in genere*, siccome l'oggetto del legato è la cosa, se il legatario muore dopo il *dies cedit*, il diritto eventuale passa a' suoi eredi (4). Noi vediamo dal testo in che modo Giustiniano modifica il rigore logico di queste due ultime deduzioni (5).

Sive unius legatarii plures heredes : La quistione non poteva presentarsi così sotto gli antichi giureconsulti, perciocchè il legato non era trasmessibile agli eredi, essa poteva solamente aver luogo nel caso di più collegatarii congiunti, con questa circostanza che, se morivano senza essersi messi d'accordo, il legato periva. Sotto Giustiniano la quistione si presenta in amendue i casi. Per verità il legato non perisce più, ma come un perpetuo disaccordo impedirebbe il suo effetto, e lo renderebbe inutile, così è necessario, se si voglia evitar questo risultamento che equivale ad una perdita, trovare un modo da por fine alla discordia, dipartendosi dal rigore de' principii.

Nel legato d'elezione la scelta del legatario è interamente libera, egli può prendere quella cosa che vuole, fosse pur la migliore (6). Egli ha contro l' erede l' azione *ad exhibendum* per farsi presentare le cose a fine di fare la scelta (7).

Del legato d' una parte dell'eredità
(partitio).

Faremo poche parole su questa spezie di legato per terminare ciò che abbiamo a dire delle cose legate. Il testatore in luogo di legare degli oggetti determinati nel loro individuo (*speciem*), o nel loro genere (*in genere*), o delle universalità particolari, come un gregge, un peculio, etc. poteva legare anche una parte qualunque dell' universalità de' suoi beni (*pars bonorum*), una parte della sua eredità: « HERES MEUS, CUM TITIO HEREDITATEM MEAM PARTITOR DIVIDITO », tale è una delle formole di siffatto legato tramandataci da Ulpiano (8). La parte era quella espressamente fissata dal testatore, ed in difetto in metà (9). Questa sorta di legato appellavasi *partitio* (*quae species legati partitio vocatur*); ed il legatario, legatario parziario (*legatarius partiarius*) (10). Tal disposizione del testatore, anche che egli avesse lasciati al legatario tutti i suoi beni, non lo rendeva erede, continuatore della persona del defunto. L'erede era colui che era stato approvato come tale ne'comizî; più tardi colui che avea comprato il patrimonio; ed in seguito colui che era stato istituito con formalità meno rigorose; ma si richiedeva sempre un' istituzione in questa qualità, e nelle debite forme. Il legatario parziario

(1) *Ulp. Reg. 24, § 6.*

(2) Un titolo speciale del Digesto è consacrato a questa materia *D. 33, 5. De optione vel electione legata.* — Cic. *De invent. 2, 40.*

(3) *Confr. D. 50, 17, 77, f. Papin. con 123, f. Ulpian.*

(4) *Confr. Dig. 36, 2, 12, § 7, con 8, f. Ulp.*

(5) Ved. la costituzione della quale parla il testo, *Cod. 6, 43, 9.*

(6) *D. 4, 3, 9, § 1, f. Ulp. — 33, 5, 2, pr. e § 1. f. Ulp.*

(7) *D. 33, 5, 4, f. Paul.; 5, f. Afric.; 8, § 3, f. Pomp.; 22, f. —33, 6; 2; § 1, f. Pomp.*

(8) *Ulp. Reg. 24 §. 5.*

(9) *Ivi, e D. 50, 16, 164, §. 1, f. Ulp.*

(10) *Ivi, e Gai, 2, §. 254—D. 36, 1, 22, §. 5 f. Ulp.*

era un'acquistatore de' beni per universalità, ma non successore della persona; l'esistenza del suo legato dipendeva dall'esistenza dell'erede. Se l'istituzione veniva meno per qualsivoglia ragione, la *partizione* correva il medesimo destino. Dal che segue che i crediti, e i debiti non ostante un cosiffatto legato, passavano sempre sul capo dell'erede, ed egli solo poteva perseguitare i debitori del defunto, o esser perseguitato da' creditori di lui: onde proveniva la necessità per l'erede, e pel legatario di tenersi conto rispettivamente tra loro delle conseguenze di siffatte azioni. Essi si obbligavano vicendevolmente per via di stipulazioni dette *stipulationes partis et pro parte*, intorno al guadagno o alla perdita da divider tra loro (*de lucro et damno pro rata parte communicando*), presso a poco in questi termini, secondo gli esempî lasciatici da Teofilo nella sua parafrasi: « prometti tu di darmi la tal parte delle somme che riscuoterai da qualunque debitore ereditario? Prometto ». « Prometti tu di restituirmi la tal parte delle somme che io sarò obbligato a pagare a qualunque creditore ereditario? Sì prometto ». Ma siffatte stipulazioni aveano sempre il loro rischio tanto per l'erede, quanto pel legatario; perciocchè in caso d'insolvibilità dell'uno de'due, l'altro perdeva la parte sia del credito, sia del debito che avea diritto di far conteggiare (1). Del rimanente l'erede non è assolutamente obbligato di dare al legatario parziario la sua parte de'beni ereditarî in natura: relativamente alle cose che non si potrebbero dividere senza danno, egli ne dà la valuta; relativamente alle altre, è libero di scegliere tra la parte in natura, o il prezzo che vale (2).

Nel tempo che il legato parziario era al tutto distinto dal fedecommesso d'eredità (3), a giudicarne dagli scritti de'giureconsulti, pare essere stato grandemente in uso. Al tempo di Giustiniano, in cui suoi effetti son confusi interamente col fedecommesso, è pressochè al tutto sparito. Le Istituzioni non ne fan parola.

Delle persone alle quali si può lasciare in legato.

XXIV. *Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est.*

24. Si può legare a coloro solamente con i qu si ha fazione di testamento.

Si vegga intorno a coloro, con i qu si ha la fazione del testamento, quel c ne abbiam detto qui sopra (p. **344** e 36

XXV. *Incertis vero personis neque legata, n* que fideicommissa *olim relinqui concessum era nam* nec miles *quidem incertis personis pote relinquere, ut divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat, veluti si qu ita dicat:* QUICUMQUE FILIO MEO IN MATRIMONI FILIAM SUAM DEDERIT, ET HERES MEUS ILLUM FUNDUM DATO. *Illud quoque quod his relinquebat qui post testamentum scriptum primi consule designati erunt, aeque incertae personae lega videbatur: et denique multae aliae hujusmod species sunt. Libertas quoque non videbatur posse incertae personae dari, quia placebat nominatim servos liberari. Tutor quoque certus dari debebat. Sub certa vero demonstratione idest ex certis personis recte legabatur veluti:* Ex COGNATIS MEIS, QUI NUNC SUNT SI QUIS FILIAM MEAM UXOREM DUXERIT, ET HERES MEUS ILLAM REM DATO. *Incertis autem personis, legata vel fideicommissa relicta, et per errorem soluta* repeti non posse *sacris constitutionibus cautum erat.*

25. Non era conceduto ne' tempi addietro che fossero lasciati legati, *nè fedecommessi* a persone incerte, neanco il soldato poteva lasciare a persona incerta, siccome rescrisse il divino Adriano. E pareva che incerta persona fosse quella che il testatore con non deliberata opinione si proponeva nell' animo suo, come sarebbe se alcuno dicesse: A QUALUNQUE UOMO, CHE DARÀ LA SUA FIGLIUOLA PER MOGLIE AL MIO FIGLIUOLO, DIA IL MIO EREDE IL TAL FONDO. Pareva similmente che fosse lasciato ad incerta persona quel ch' era lasciato a coloro i quali, dopo fatto il testamento, fossero i primi designati consoli, e molti altri somiglianti esempi. Pareva similmente che non si potesse dar la libertà a persona incerta, perciocchè piaceva che si liberassero gli schiavi nominatamente, nè nominare a tutore persona incerta. Validamente poi si legava a persone incerte, ma tra determinate persone in questa maniera. SE ALCUNO DE' MIEI COGNATI CHE SONO AL PRESENTE, TORRÀ PER MOGLIE LA MIA FIGLIUOLA, IL MIO EREDE GLI DIA LA TAL COSA. I legati ovvero i fedecommessi lasciati a persone incerte, e pagati per errore *non si possono chiedere indietro*, come è stabilito dalle sacre costituzioni.

Questo paragrafo non è altro che l'esposizione dell' antico diritto che Giustiniano si propone di riformare; « *Legatum nisi certae rei et ad certam personam deferatur, nullius est momenti*, » diceva Paolo (4). Il testo bastantemente fa compren-

(1) Su tali stipulazioni ved. *Gai.* 2, §. 254 — *Ulp. Reg.* 25. § 15. — *Paul. Sent.* 4, 3, § 1. — *Inst.* qui appresso tit. 23, § 6, e *Teof. paraphr.* del medesimo paragrafo.

(2) *D.* 30, 1.° 26, § 2. *f. Pomp.* e 27, *f. Paul.*

(3) Ved. una notabile differenza *D.* 36, 1, 22, § 3, *f. Ulp.*

(4) *Paul. sent.* 3, 6, 13.

dere che cosa intendevasi per incerta persona (1). La ragione che i giureconsulti allegavano, è che il testatore debbe avere un' intenzione determinata : « *Quoniam certum consilium debet esse testantis* (2).

Neque fideicommissa. In virtù d'un senato-consulto del tempo d'Adriano, come abbiamo accennato qui sopra pag. 424; perciocchè nell'origine si lasciavano i fedecommessi precisamente a quelle persone, alle quali non si potevano lasciar legati (3).

Nec miles. Così il privilegio militare non era stato esteso fino a dispensare da siffatta regola.

Libertas quoque: la legge Furia Caninia, della quale abbiamo esposta l'indole (p. 110.), richiese anche l'indicazione *nominale* dello schiavo liberato per testamento: « *Lex* Furia Caninia *jubet nominatim servos liberari* » (4).

Repeti non posse: La *condictio indebiti* azione personale per la ripetizione di ciò che per errore si è pagato, non poteva per le costituzioni imperiali applicarsi a questo caso nè pe'legati, nè pe'fedecommessi (5).

Veggasi intorno alle persone incerte quello che ne abbiam già detto (p. 367). Nondimeno le città, le quali si consideravano come nel numero di siffatte persone, erano state sotto Nerva riconosciute capaci di ricevere de' legati, capacità che più spezialmente fu stabilita da un senato-consulto sotto Adriano (6).

XXVI. *Postumo quoque alieno inutiliter legabatur, est autem alienus postumus qui natus, inter suos heredes testatoris futurus non est; ideoque ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erat postumus avo.*

26. Similmente per innanzi si legava inutilmente al postumo estraneo. Ed era tale colui, il quale nascendo non è per essere tra gli eredi suoi del testatore; laonde il nipote conceputo dal figliuolo emancipato era postumo estraneo all' avolo.

Veggasi quello che di già abbiam detto de'postumi (p. cit., e p. 150, 360 e seg.) Il postumo essendo una persona incerta, come tale non poteva essere istituito erede, nè ricevere per testamento. Noi abbiamo già veduto come si venne a modificar questo rigore di principii riguardo al postumo *suus heres*.

XXVII. *Sed nec hujusmodi species penitus est sine justa emendatione derelicta, cum in nostro Codice constitutio posita est, per quam et huic parti medevimus non solum in hereditatibus, sed etiam in legatis, et fideicommissis; quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet, quia certo judicio debet quis pro tutela suae posteritati cavere.*

27. Ma neanco questo è restato senza esser giustamente corretto, avendo noi messo nel nostro Codice una costituzione, per la quale rimediammo a questa parte, il che apertamente si può vedere per la lettura d'essa costituzione. Ma anche per la nostra costituzione non dee darsi una persona incerta per tutore, perchè l'uomo dee provvedere con certo e saldo giudizio alla tutela della sua posterità.

In nostro Codice constitutio posita est: Questo si applicava alla prima edizione del Codice, nella seconda che è pervenuta a noi, non vi resta più che una brevissima analisi della costituzione di Giustiniano. Le persone incerte, e tra queste spezialmente i postumi anche estranei, le diverse corporazioni, i poveri possono ricevere de'legati, o de'fedecommessi. La regola è estesa eziandio a' legati di libertà, ma non alla nomina d'un tutore (7).

XXVIII. *Postumus autem alienus heres institui* et antea poterat, *et nunc potest, nisi in utero ejus sit,* quae jure nostro uxor esse non potest,

28. Ed il postumo estraneo *poteva innanzi*, e può parimente ora essere istituito erede, se per avventura non è nel ventre di colei, la quale *non possa esser moglie del testatore secondo le nostre leggi*.

Et antea poterat. I postumi estranei non han mai potuto essere istituiti eredi secondo il diritto civile (noi l'abbiamo sufficientemente spiegato, p. 360 e seg.) (8), ma la loro istituzione, nulla per diritto civile, era confermata pel diritto pretorio, che dava loro il possesso de'beni (9). Noi sappiamo che Giustiniano ha conceduto loro la capacità d essere istituiti.

Quae jure nostro uxor esse non potest:

---

(1) Queste spiegazioni sono quasi testualmente tolte da Gaio. 2, § 238, e da Ulpiano *Reg. 24. § 18.*
(2) *Ulp. Reg. 22, § 4. — 34, 5, 4, f. Paul. 5. pr. f. Gai.*
(3) *Gai. 2, § 287.*
(4) *Ivi § 239.*
(5) Ved. intorno a ciò *Gai. 2, § 283*; a quest'epoca vi erano ancora delle differenze a questo riguardo tra i legati, e i fedecommessi.
(6) *Ulp. Reg. 24, § 28.*
(7) *C. 6, 48. const. unic.*
(8) *Gai. 2, §§ 242, e 287.*
(9) Ved. qui appresso ; *Inst. 3, 9, pr. — Dig. 37, 11, 3, f. Paul.*

Se queste frasi fosser prese in un senso generale (il figliuolo d' una donna che non può esser moglie, che non ha il *connubium* con un cittadino romano), non presenterebbero alcuna difficoltà, ma nel tempo medesimo sarebbero inutili; perciocchè siccome il figliuolo nato di tal donna è in generale straniero (salvochè non si tratti d'una religiosa), è cosa evidente che non possa essere istituito erede. Per contrario, se in conformità della parafrasi di Teofilo si prendono in un senso particolare (il figliuolo d' una donna che il testatore non può torre a moglie) e letteralmente, ci offrono delle conseguenze inammessibili. Così, siccome il testatore evidentemente non può sposare la sua figliuola, la sua sorella, i suoi più stretti parenti o affini, siccome non può sposare alcuna donna già maritata con altri, siccome, se egli è ammogliato non può più sposare altra donna, la facoltà d'istituire un postumo sarebbe illusoria; l'eccezione diverrebbe più generale e più estesa che la regola, e colpirebbe precisamente coloro che sono più vicini per legame del sangue al testatore. Risulta dalla sana interpetrazione d' un frammento di Paolo, che forma una legge del Digesto, che quì si tratta d'un postumo appartenente al medesimo testatore, d'un figliuolo generato da lui e da un' altra donna: se egli non potea sposare quella tal donna, non poteva istituire il figliuolo postumo che ne avea avuto (1).

XXIX. *Si quis in nomine, cognomine, praenomine legatarii erraverit testator, si de persona constat, nihilominus valet legatum, idemque in heredibus servatur, et recte: nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si qualibet alio modo intelligantur, nihil interest.*

29. Se il testatore errerà nel nome, nel cognome, nell'antinome del legatario, purchè sulla persona non possa cader dubbio, il legato vale. Il medesimo s'osserva negli eredi, ed è ben fatto. Perciocchè i nomi sono stati ritrovati per dimostrare, e significar l' uomo, e però quando questi chiaramente si dimostrino con qualche altro mezzo, poco importa del come.

XXX. *Huic proxima est illa juris regula, falsa demonstratione legatum non perimi, veluti si quis ita legaverit: STICHUM SERVUM MEUM VERNAM DO LEGO; licet enim non verna, sed emptus sit, de servo tamen constat, utile est legatum. Et convenienter si ita demonstraverit: STICHUM SERVUM QUEM A SEIO EMI, sitque ab alio emptus, utile est legatum si de servo constat.*

30. A questo s'avvicina quella regola di diritto, che il legato non perisce per falsa dimostrazione, come sarebbe se alcuno facesse un legato in questa maniera: DO LASCIO STICO MIO SCHIAVO NATO IN CASA, perchè quantunque lo schiavo non sia nato in casa ma comprato, il legato è valido, perchè non cade dubbio sull'identità di Stico. E similmente s'egli dirà: LO SCHIAVO STICO IL QUALE COMPRAI DA SEIO, e nondimeno sia stato comprato da un'altro, il legato vale, se è chiaro di quale schiavo si sia inteso disporre.

XXXI. *Longe magis legato falsa causa non nocet, veluti cum ita quis dixerit: TITIO, QUIA ABSENTE ME NEGOTIA MEA CURAVIT, STICHUM DO LEGO, vel ita: TITIO QUIA PATROCINIO EJUS CAPITALI CRIMINE LIBERATUS SUM, STICHUM DO LEGO: licet enim neque negotia testatoris unquam gessit Titius, neque patrocinio ejus liberatus est, legatum tamen valet. Sed si* conditionaliter *enunciata fuerit causa, aliud juris est, veluti hoc modo: TITIO SI NEGOTIA MEA CURAVERIT, FUNDUM DO LEGO.*

31. E maggiormente una causa falsa che s'aggiunga al legato, non vizia il legato, come sarebbe se alcuno dicesse: DO LASCIO STICO A TIZIO PERCHÈ, ESSENDO IO ASSENTE HA GOVERNATO LE COSE MIE; ovvero così: DO LASCIO STICO A TIZIO PERCHÈ IO PER SUA DIFESA SON LIBERO DA DELITTO CAPITALE, CHE MI S'ERA APPOSTO. E quantunque Tizio non abbia mai fatto le faccende del testatore, o non lo abbia mai con sua difesa liberato, il legato vale. Ma se la causa fosse *condizionalmente* posta, altro sarebbe da dire, come sarebbe se si dicesse: DO LASCIO A TIZIO IL MIO FONDO, SE EGLI AVRÀ AMMINISTRATO I MIEI AFFARI.

I tre paragrafi precedenti quantunque posti nel luogo in cui le Istituzioni trattano delle persone, alle quali si fanno i legati, si riferiscono tanto alle cose legate quanto alle persone legatarie. Per farsene un'idea chiara è mestieri distinguere tre cose: 1° la dimostrazione; 2° la determinazione o limitazione; 3° la causa.

Lo scopo della dimostrazione è di mostrare, indicare meglio, far conoscere sia la persona alla quale si fa il legato, sia la cosa che si lascia in legato. Intorno a ciò la regola è quella che ci dà il § 30: *Falsa demonstratio legato non perimit.* Tutto quello che importa è che l'intenzione del testatore sia ben chiara (2). Ma se le indicazioni sono siffattamente inesatte, vaghe, o contradittorie che il testatore siasi ingannato anche su ciò che ha voluto, ovvero che non si sappia ciò che egli abbia voluto, la disposizione erronea nella

(1) *D. 28, 2, 9, §§ 1, e seg. f. Paul.*

(2) *Ulp. Reg. 24, §. 19 — D. 35, 1, 17, pr. f. Gai; 33, f. Marc.; 34, f. Florent. — 37, 11, 8, §. 2, f. Jul. — 30, 1.° 4, pr. f. Ulp. — Cod. 6, 23, 4, constit. Gordian. 6, 27, 7, §. 1, constit. Anton.*

sua stessa base, o incomprendibile, alla quale non si può dar giustamente alcuna interpetrazione, si ha come non scritta (1).

Lo scopo della determinazione, o limitazione è di segnare i termini, i confini, ne' quali la persona, alla quale il testatore ha voluto far legato, o la cosa, ch'egli ha voluto lasciare, si debbano contenere: oltre a questi confini non vi ha più volontà. Per esempio s'egli abbia detto: Lego al primo figliuolo che nascerà della tal donna, o a'figliuoli che son nati del tal matrimonio; ovvero lego il danaro che è nel mio scrigno; la somma che mi deve Gaio: se non nascono figliuoli nel limite segnato, o se eglino muoiano; se non vi è danaro nello scrigno; se Gaio non deve nulla, in tutti questi casi il legato è nullo (2); perchè non si può trapassar oltre la volontà del testatore, e le sue manifestazioni non sono intese a fare una dimostrazione, ma a segnare un limite. Questa è la ragione della differenza delle due decisioni del § 15 che precede, relativamente al legato della dote, o della tal somma che si è recato in dote, quando nel fatto non è stato recato nulla (pagina 436).

In quanto all'indicazione della causa, o sia di ciò che ha potuto indurre, o determinare il testatore a fare il legato, essa è interamente superflua; il testatore non dee dar conto delle ragioni che l'hanno indotto a legare, e quando anche quelle che egli ha espresse fosser false, non importerebbe punto. La cagione che qui produce il diritto non è il tale, e tal'altro motivo che ha potuto determinare la volontà del testatore, ma la sua intenzione di liberalità in se medesima; basta che questa intenzione vi sia, non importa il perchè. Laonde la regola per la falsa causa è la medesima che per la falsa dimostrazione (3). «*Neque ex falsa demonstratione, neque ex falsa causa legatum infirmatur*». Nondimeno se l'esistenza dell'intenzione in se medesima dipendesse dalla verità del motivo espresso, la decisione sarebbe in tutto diversa. Il che ha luogo evidentemente quando il testatore ha espresso il motivo in forma di condizione (*conditionaliter*): « Lego il tal fondo a Tizio, se egli ha fatto i miei affari, lego il tal fondo al mio figliuolo Tizio, se suo fratello ha presa la tal somma nel mio scrigno» (4). Questa per verità non è una vera condizione, perchè non si tratta di un avvenimento futuro, ed incerto (5): il legato è puro e semplice, ma non esiste se non in quanto l'avvenimento già passato che il testatore ha avuto in vista, ed in considerazione, del quale solamente ha dichiarato di voler fare il legato, sia vero e reale. Qui avviene precisamente come nel caso di determinazione, di limitazione: fuori del limite segnato, non vi ha più volontà del testatore. Quando il defunto non ha adoperata questa forma condizionale, il legato, per principio, malgrado la falsità del motivo espresso, rimane valido; tuttavia se gli eredi provassero senza lasciar luogo a dubbio, che senza questo motivo il testatore non avrebbe donato, potrebbero ottenere il più delle volte l'eccezione del dolo per ributtare il legatario (6).

Del rimanente tutto ciò che riguarda la dimostrazione, la limitazione, la causa, non debb' esser confuso con le diverse modalità de' legati, di cui immediatamente ci faremo a parlare (7).

XXXII. *An servo heredis recte legamus quaeritur. Et constat pure inutiliter legari: nec quidquam proficere si vivo testatore de potestate heredis exierit, quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non debet ideo valere, quia diutius testator vixerit. Sub conditione vero recte legatur, ut requiramus, an, quo tempore dies legati erit, in potestate heredis non sit.*

32. Si domanda se rettamente si possa far legato allo schiavo dell'erede, e si dice che legando puramente e semplicemente, il legato non vale, e non opera nulla neppure se lo schiavo, vivendo il testatore, sia uscito dalla potestà del padrone;

---

(1) *D. 28, 5, 9, §. 1, f. Ulp. — 30, 1.° 4, fr. Ulp. — 31, 2.° 30, f. Cels. — 33, 1, 14, f. Ulp. 34, 5, 5, 4, f. Paul. — 36, 1, 34, f. Marcian. — 50, 17, 73, §. 3, f. Quint. Muc. Scaev.* — O che provenga il dubbio dalle parole del testatore, o dalla scrittura, o dalle circostanze, qui si giunge alla quistione tanto delicata *de rebus dubiis*, alla quale i compilatori del Digesto han consacrato un titolo speciale. D. 34, 5 *De rebus dubiis*.

(2) *D. 30, 1.° 51, f. Papin.; 75 §§ 1, e 2 frag. Ulpian.*

(3) *Ulp. Reg. 24. §. 19.*

(4) *D. 35, 1, 17, §§. 2, e 3, f. Gai.*

(5) *Ivi, 34, § 1. f. Florent.*

(6) *D. 35, 1, 72, §. 6. f. Papin.* — Ved. il titolo speciale intorno a questa materia nel Cod. 6. 44. *De falsa causa adjecta legato vel fideicommisso.*

(7) Le due materie son trattate nel Digesto in un titolo comune: 35, 1. *De conditionibus et demonstrationibus.*

perciocchè quel legato che sarebbe inutile se il testatore subito dopo fatto il testamento si morisse, non dee valere per la sola ragione che il testatore viva più lungamente. Ma legandosi allo schiavo sotto condizione, rettamente si lega, e si dovrà esaminare se al tempo della fissazione del diritto lo schiavo non sia più in potestà dell' erede.

La combinazione de' principii sul *dies cedit* con quelli della regola Catoniana (pag. 420 e 422) rende agevole la spiegazione del testo.

Regolarmente niuno può esser nella medesima successione erede e legatario, cioè suo proprio creditore, e suo proprio debitore nel tempo medesimo (1). Se vi sono più eredi, scema in parte l'impossibilità: imperocchè l'uno di loro può ricevere un legato sia per anteparte, sia in altra maniera, ma allora sarà vero che il legato non esiste se non per la parte che è a carico de'suoi coeredi, e non per la sua propria parte (2). Se vi è un solo erede, l'impossibilità è assoluta.

Ma che si ha a decidere se il legato sia fatto allo schiavo dell'erede, ovvero al figliuolo sotto la sua potestà; o, ne' tempi addietro, a colui ch'egli avea *in mancipio*, o alla sua moglie *in manu*? Se queste persone debbono acquistare a lui il legato , questo legato sarà nullo, perciocchè il capo di famiglia troverebbesi nel tempo medesimo erede in virtù della sua istituzione, e legatario per mezzo della persona sottoposta alla sua potestà. Per contrario, se debbono acquistare il legato ad un altro, il legato resterà valido, perciocchè non vi sarà niuna incompatibilità. Ciò posto ricordiamoci che gli schiavi, e le persone *alieni juris* acquistano i legati non già al capo di famiglia, al quale son sottoposti al momento della formazione del testamento, ma a quello a cui si trovano soggetti nel momento del *dies cedit* (p. 421): ricordiamoci eziandio che per giudicare della validità d'un legato, è mestieri, secondo la regola Catoniana, supporre il testatore morto immediatamente dopo fatto il testamento, ed esaminare che cosa sarebbe del legato in questo stato. Combiniamo questi due principii , e facciamone l'applicazione.

Se il legato fatto allo schiavo è puro e semplice, si applica la regola Catoniana; supponiamo il testatore morto subito dopo fatto il testamento; il *dies cedit* per un legato puro e semplice ha luogo il giorno della morte; lo schiavo legatario acquista al padrone a cui appartiene in quel momento; egli dunque acquisterebbe a quel medesimo che trovasi istituito erede; questi sarebbe in un tempo medesimo erede, e legatario: dunque il legato è nullo. Forse gli avvenimenti supposti non si effettuiranno, forse alla morte reale del testatore lo schiavo avrà mutato padrone, o si troverà libero, ma ciò non monta; la circostanza che il testatore ha vivuto più lungamente non può dare al legato una forza che a principio non avea. Questo è l'effetto della regola Catoniana.

Se il legato è condizionale, la regola Catoniana non si applica (pag. 423), ed ancorchè si applicasse, per certo non risulterebbe la nullità del legato, perciocchè il *dies cedit* pei legati condizionali ha luogo tutto al più al tempo dell'adempimento della condizione, e non si sa a chi lo schiavo in quel momento apparterrà ; è dunque mestieri attender l'avvenimento per giudicare della sorte del legato. Se al momento del *dies cedit* lo schiavo è ancora in potere del medesimo padrone, il legato sarà nullo ; se è passato in altre mani, o se è fatto libero, il legato acquistato in questo caso ad altra persona che all'erede, sarà valido.

La quistione trattata in questo paragrafo era controversa al tempo degli antichi giureconsulti. Servio Sulpizio non considerando che la realtà, la quale potrebbe sopravvenire in seguito, volea che si potesse lasciar legati allo schiavo dall'erede, sia puramente e semplicemente, sia condizionalmente salvo ad attendere in tutti i casi l' avvenimento ulteriore per giudicare della sorte del legato. I Proculeani considerando semplicemente lo stato delle cose al momento medesimo della formazione del testamento, volevano che il legato non potesse mai validamente esser fatto nè puramente e semplicemente, nè sotto condizione, qualunque esser potesse l'ulteriore avvenimento. Da ultimo Sabino e Cassio, per l'applicazione della regola Catoniana risolveano la quistione per tal modo, che teneano in un tempo medesimo l'opinione di mezzo, ed applicavano alla specie i principî generali della materia (3). E questa risoluzione è rimasta nel diritto di Giustiniano.

---

(1) *Heredi a semetipso legari non potest». Ulp. Reg. 24, §. 22. — Dig. 30, 1.º 34 §. 11. f. Ulp.*

(2) « *Heredi a semetipso legatum dari non potest, a (te) coherede potest ». Ivi, 116, §. 1, frag. Florent. — 104. §§. 3, e 5, f. Julian.*

(3) *Gui. 2, § 244, 6. — Ulp. Reg. 24 , §. 23.*

XXXIII. *Ex diverso, herede instituto servo, quin domino recte etiam sine conditione legetur non dubitatur. Nam et si statim post factum testamentum decesserit testator, non tamen apud eum, qui heres sit, dies legati cedere intelligitur, cum hereditas a legato separata sit, et possit per eum servum alius heres effici, si prius, quam jussu domini adeat, in alterius potestatem translatus sit, vel manumissus ipse heres efficitur; quibus casibus utile est legatum; quod si in eadem causa permanserit, et jussu legatarii adierit, evanescit legatum.*

23. E per contrario non si dubita, che essendo scritto erede lo schiavo, non si lasci rettamente in legato al padrone, eziandio senza condizione. Imperocchè se il testatore si morisse immediatamente dopo fatto il testamento, non è ancor certo che il diritto al legato si fisserà sul capo di quel medesimo che sarà erede; essendochè qui l'eredità è separata dal legato; e può avvenire che un altro sia fatto erede per mezzo di quello schiavo, se innanzi ch'egli vada all'eredità per comando del padrone, venga in potestà di un altro; ovvero liberato, divenga egli stesso erede, ne'quali casi il legato sarà utile e valido. Ma restandosi col suo padrone, ed accettando l'eredità per suo comandamento, il legato si estingue.

Qui s'incontrano i medesimi principii del paragrafo precedente, con quest'altro di più: che quando uno schiavo è stato istituito erede, egli acquista non già al padrone, che ha al momento della morte del testatore, ma a colui per comando del quale fa l' adizione (pag. 319), dal che seguita che il legato fatto al padrone dello schiavo istituito erede non è mai nullo da principio.

In fatti supponiamo anche il legato puro e semplice, applichiamo la regola Catoniana: il testatore è morto subito dopo fatto il testamento: il *dies cedit* ha luogo immediatamente pel legato: il diritto eventuale a questo legato è fissato nella persona del padrone; ma sarà egli medesimo l'erede? Questo è ancora incerto. Lo schiavo acquisterà l'eredità al padrone, che avrà al momento dell'adizione, cioè forse ad un altro, forse eziandio a se medesimo, se in questo mezzo sarà venduto, o fatto libero. Adunque anche supponendo morto immediatamente il testatore non è certo che si abbiano a cumulare nella persona medesima le qualità di erede, e di legatario; e però il legato è regolare nella sua origine, salvo ad attendere l'avvenimento ulteriore per decidere della sua sorte (1).

A carico di chi, ed in che modo si può legare.

Noi già sappiamo che il vero legato non può esser fatto che a carico dell'erede, e dell'erede testamentario. Non si può legare nè a carico dell'erede *ab intestato*, nè a carico del legatario (*a legatario legari non potest*) (2), nè a carico di un fedecommessario: si può bene pregarli, raccomandar loro, confidare alla loro fede, ma non si può ingiungere a titolo di legato. La storia ce ne ha mostrata evidentemente la ragione. Bisogna che vi sia un continuatore della persona del defunto, scelto non dalla legge generale, ma dalla legge particolare del testamento, perchè gli si possa comandare, ingiungere, o imporre l'obbligazione, la legge (*legem dicere, legatum*) Ved. qui sopra pagina 415.

Il medesimo principio avea dettata la decisione del paragrafo che segue.

XXXIV. *Ante heredis institutionem inutiliter antea legabatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredum accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus ordinem quidem scripturae sequi (quod et ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum), sperni autem testatoris voluntatem: per nostram constitutionem et hoc vitium emendavimus ut liceat et ante heredis institutionem et inter medias heredum institutiones legatum relinquere, et multo magis libertatem, cujus usus favorabilior est.*

24. Prima i legati non valevano fatti innanzi la istituzione di erede; essendochè i testamenti ricevono forza e vigore per l' istituzione dell' erede, che è come capo e fondamento di tutto il testamento. E per la medesima ragione non si poteva dar la libertà innanzi all'istituzione. Ma avendo noi giudicato che non sia cosa civile seguitar l'ordine della scrittura (il che parve anche agli antichi degno di biasimo), e disprezzar poi la volontà del testatore, abbiamo per nostra costituzione eziandio corretto questo vizio, e vogliamo che sia lecito lasciar legati ed innanzi all'istituzione dell'erede, e nel mezzo delle istituzioni degli eredi, e molto maggiormente sia lecito lasciar la libertà, cui l'uso è più favorevole.

Era mestieri un tempo che il futuro continuatore della persona fosse stato accettato da'Comizii; più tardi che avesse comprato il patrimonio per via di man-

(1) *Gai, 2, § 245. — D. 36, 2. 17, f. Julian. — 35, 2, 20, f. Scaev.*

(2) *Ulp. Reg. 24, § 20.*

giunte al testo di Gaio; ma la ragione è evidente: nel legato *post mortem legatarii* è indubitabile, che il termine incerto non si potrà verificare che dopo la morte del legatario, ed in conseguenza non essendosi fissato il diritto nella sua persona, vivendo lui, non trasmetterà nulla a' suoi eredi; dunque questo legato è inutile (V. quì sopra pag. 421)

La sottigliezza de' giureconsulti romani stava nell' avere accuratamente distinto così per l' un caso, come per l' altro la differenza tra queste voci *cum morietur*, e le altre *cum mortuus fuerit*, o *post mortem*: Nel primo caso il *dies* scaderà vivendo ancora l'erede o il legatario, dunque il legato potrà esser valido; nel secondo, il *dies* non può assolutamente venire che dopo la morte dell'erede, o del legatario; l' uno non avrà mai cominciato ad esser creditore, l'altro non avrà cominciato ad esser debitore; dunque il legato non può valere (1). Noi troveremo la medesima sottigliezza in fatto di stipulazione (V. quì appresso lib. 3, tit. 19, §. 13). Giustiniano toglie di mezzo questa rigorosa analisi delle parole.

Pridie quam heres aut legatarius morietur: La medesima regola è anche per le stipulazioni (Inst. 3, 19, §. 14,); il legato è nullo, dice Teofilo, ripetendo quì il ragionamento fatto da Gaio per le stipulazioni, perciocchè non si potrà conoscere la vigilia della morte, se non dopo che la morte sarà avvenuta, e per conseguenza la cosa riducesi al medesimo termine che se si fosse detto *post mortem* (2). Cattiva ragione, aggiunge Gaio (*quod non pretiosa ratione receptum videtur*) (3); in fatti non è forse sufficiente che il diritto si fissi vivendo ancora l'erede, o il legatario? e non è egli cosa indifferente, che codesta fissazione sia stata conosciuta, o nò innanzi che essi sieno morti? Sotto Giustiniano cotale sottigliezza sparisce.

Quam fideicommissorum: Infatti niuna di queste regole si applicava a'fedecommessi (4); or Giustiniano assomiglia ad essi i legati.

Non ci rimane più altro ad esaminare che un'ultima modalità de'legati: i legati a titolo di pena (*poenae nomine*).

XXXVI. *Poenae quoque nomine inutiliter legabatur, et* adimebatur, vel transferebatur. *Poenae autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis is aliquid faciat aut non faciat: veluti si quis ita scripserit:* HERES MEUS SI FILIAM SUAM IN MATRIMONIUM TITIO COLLOCAVERIT, *(vel ex diverso,* SI NON COLLOCAVERIT*)* DATO DECEM AUREOS SEIO; *aut si ita scripserit:* HERES MEUS, SI SERVUM STICHUM ALIENAVERIT *(vel ex diverso,* SI NON ALIENAVERIT*)*. TITIO DECEM AUREOS DATO. *Et in tantum haec regula observabatur, ut perquam pluribus principalibus constitutionibus significetur* nec principem quidem agnoscere quod ei poenae nomine legatum sit. *Nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quamvis aliae militum voluntates in ordinandis testamentis valde observentur. Quin etiam nec libertatem poenae nomine dari posse placebat; eo amplius nec heredem poenae nomine adjici posse Sabinus existimabat, veluti si quis ita dicat:* TITIUS HERES ESTO: SI TITIUS FILIAM SUAM SEIO IN MATRIMONIUM COLLOCAVERIT, SEIUS QUOQUE HERES ESTO: *nihil enim intererat, qua ratione Titius coerceatur, utrum legati datione, an coheredis adjectione. Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit, et generaliter ea quae relinquuntur, licet poenae nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alios translata,* nihil distare a ceteris legatis constituimus *vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo; exceptis his videlicet, quae impossibilia sunt, vel legibus interdicta, aut alias probrosa: hujusmodi enim testamentorum dispositiones valere secta temporum meorum non patitur.*

36. Il legato parimente che si lasciava, *si toglieva*, o si trasferiva a titolo di pena era inutile. Ed a titolo di pena pareva che si lasciasse quel che si lasciava per forzare l' erede a fare o non fare come sarebbe se alcuno avesse scritto in questa maniera: IL MIO EREDE, SE DARÀ LA SUA FIGLIUOLA PER MOGLIE A TIZIO (o per contrario, SE NON LA DARÀ) DIA A SEIO DIECI SOLDI D' ORO; ovvero se egli scrivesse a questo modo: L'EREDE MIO SE ALIENERÀ LO SCHIAVO STICO (o per contrario, SE NON LO ALIENERÀ) DIA A TIZIO DIECI SOLDI D'ORO. E questa regola s'osservava per cosiffatta maniera, che *neanche il Principe poteva accettare il legato che gli era lasciato a titolo di pena*, siccome per molte costituzioni di principi fu stabilito. Cosiffatti legati non valevano, anche se fossero stati lasciati per testamento di soldato, quantunque ogni altra volontà di soldato grandemente si osservasse ne'testamenti. E piaceva che neanco la libertà si desse a titolo di pena, e di più che non si potesse aggiungere un' erede per pena, siccome giudicava Sabino, come sarebbe se alcuno dicesse in questa maniera: TIZIO SIA EREDE; SE TIZIO DARÀ PER MOGLIE LA SUA FIGLIUOLA A SEIO, SEIO PARIMENTE SIA EREDE, poichè non importava per qual ragione Tizio fosse astretto o per dar del legato, o per accrescer del suo coerede. Ma cosiffatta scrupolosità non ci è piaciuta, e generalmente abbiamo ordinato che quelle cose che si lasciano, quantunque si lascino, si tolgano, o si trasferiscono in altri per pena, *s'intendano non esser punto differenti dagli altri legati* pei quali si dà, si toglie, o si trasferisce, fuor solamente quelle cose

(1) Ved. i testi quì sopra citati, e segnatamente *Paul. 3, 6 § 6*, ove si vede che è comprese in queste regole tanto il legatario, quanto l'erede.

(2) *Gai. 3, § 100. — Theoph. Paraph. hic.*

(3) *Gai. 2, § 232.*

(4) *Ulp. Reg. 25, § 8.*

...se sono impossibili, e vietate per leggi, o altri-...enti riprovate. Imperocchè la qualità de' miei tem-...i non soffre che cosiffatte disposizioni testamen-...rie abbiano vigore.

Il legato a titolo di pena (*legatum poe-...ae nomine, quod coercendi heredis causa ...elinquitur*) (1) è una specie di legato ...ondizionale, ma d'un carattere tutto ...articolare. La condizione è potestativa: ...i tratta di una cosa che il testatore vuo-...e che si faccia o che non si faccia. Ma ...uesta volontà, questa condizione non è ...mposta a colui al quale si fa la liberali-...à, perchè allora sarebbe un vero legato ...ondizionale perfettamente valido, essen-...lo libero il testatore di mettere alle sue ...iberalità quelle condizioni che giudica ...convenienti; qui la condizione è imposta ...all'erede, a colui che ha il carico di pa-...gare il legato, o che è gravato della di-...sposizione, per modo che appunto per punirlo di non avere adempito quella tal condizione, e come un mezzo di costringimento, si è fatto il legato, che per lui è un peso, perciocchè diminuisce d'altrettanto la sua eredità. « Lego cento soldi d'oro a Tizio, se egli darà la sua figliuola per moglie al tale » questo è un legato condizionale ordinario perfettamente valido; perchè la condizione è imposta al legatario, spetta a lui il vedere se gli convenga il legato a questo prezzo. « Se il mio erede non darà la sua figliuola per moglie al tale, io lego cento soldi d'oro a Tizio ». questo è un legato a titolo di pena, perche la condizione è imposta all'erede: se egli non la adempie, sarà punito con l'obbligazione di soddisfare il legato; egli adunque si trova in questa alternativa o di obbedire al defunto, o di esser gravato di un legato. Sicchè il suo carattere distintivo è ben determinato; ed è che la condizione, il comando di fare o non fare è diretto non già al legatario, ma all'erede. In fatti il legato sotto qualunque condizione sia fatto, non può mai essere una pena pel legatario, che in definitivo è sempre libero di accettarlo, o di rifiutarlo, se la condizione non gli conviene; ma è una pena per l'erede, il quale sarà obbligato di soddisfarlo in punizione del non aver obbedito al comando del defunto.

Cosiffatto legato non era permesso nel diritto romano; esso era radicalmente nullo, e per due ragioni, dice Teofilo nel la sua Parafrasi: la prima che il legato trovasi in tutto dipendente dall'arbitrio dell'erede che può a sua posta doverlo, o non doverlo, la seconda e più caratteristica è che i legati debbono riconoscere loro origine da un sentimento di benevolenza, di affezione pel legatario, e non dal risentimento contro l'erede (2). Or qui il legatario non è pel testatore un oggetto di affezione, ma un mezzo di costringimento. La nullità applicavasi usualmente ed al legato di libertà (3), ed all' istituzione di erede (4), ed eziandio a' fedecommessi (5) lasciati a titolo di pena; imperocchè in qualunque modo si fosse voluto sforzare l'erede obbligandolo in caso di disubbidienza, a far libero uno schiavo, o a dividere l'eredità con un altro, o a dare un fedecommesso, la ragione era sempre la medesima (6).

Nec principem quidem agnoscere quod ei poenae nomine legatum sit. Essendo l'imperadore superiore alle leggi, (p. 392) sarebbesi potuto sperare che il legato a titolo di pena che a lui fosse fatto, si sarebbe avuto per valido, e che l'erede per evitare di doverlo soddisfare sarebbe obbligato di obbedire alla condizione del testatore.

Nihil distare a ceteris legatis constituimus: Sotto Giustiniano, i legati, e le altre disposizioni a titolo di pena son permesse. Essi sono legati condizionali. Ma perdono il loro carattere particolare? Nò certamente: Così nel legato condizionale ordinario la condizione impossibile o illecita si ha come non iscritta, ed il legato si mantiene come puro e semplice (pag. 443 e 448); per contrario nel legato a titolo di pena la condizione impossibile o illecita è cagione di nullità: il legato è nullo. Perchè questa differenza? Perchè nel primo caso la condizione è imposta al legatario, e non è convenevole che questi

(1) *Gai, 2, §§ 235, 236, 237, 243. — Ulp. Reg. 24, § 17, e 25, 1, § 13—D. 34, 6. De his quae poenae causa relinquuntur.—Cod. 6. 41, De his quae poenae nomine in testamentis, vel codicillis (scribuntur vel) relinquuntur.*

(2) *Theoph. hic.*

(3) *Gai, 2, § 236.*

(4) *Ivi § 243.*

(5) *Ulp. Reg. 25, § 13.*

(6) Quanto al dare un tutore, dice Gaio, non vi può essere alcuna questione, poichè la nomina d'un tutore non può essere un mezzo di costringimento contro l'erede: «*De tutore vero nihil possumus quaerere, quia non potest datione tutoris heres compelli quidquam facere, aut non facere: ideoque nec datur poenae nomine tutor (et si) datus fuerit, magis sub conditione, quam poenae nomine datus videbitur* ». Gai. 2, § 236.

sia punito con la privazione del legato, di non avere obbedito a ciò che era impossibile, o illecito di fare. Per contrario nel secondo caso la condizione è imposta all'erede, e non si dee punirlo con obbligarlo a pagare il legato, di non aver obbedito ad un comando impossibile, o illecito. Adunque la differenza tra i due casi nonchè presentare alcuna contrarietà, è anzi la deduzione di un medesimo principio.

Giustiniano non parla solamente del legato, della libertà, dell'istituzione di erede, e del fedecommesso a titolo di pena; egli aggiugne eziandio tanto nel nostro testo, quanto nella sua costituzione nel Codice (1) la rivocazione (*ademptio*), ed il trasferimento de'legati (*translatio*). Questo presenta maggiore difficoltà. Quì la pena non cade sull'erede, nè a lui è imposta la condizione; perciocchè se si tratta di togliere il legato, questo per lui è un guadagno; in quanto al trasferimento poi che importa a lui, che il legato sia trasferito ad uno piuttosto che ad un altro? La pena è pel legatario, al quale vien tolto il legato o per esser trasferito ad altri, o per esser del tutto annullato. Al legatario dunque è imposta la condizione. Ma in tal caso non è questa una condizione ordinaria? Non è libero il testatore di apporre alla sua liberalità quella condizione che più gli pare, salvo al legatario di vedere se gli convenga di accettare, o no? E se anche in tal caso si decida che l'intenzione particolare del testatore di dare una pena, un mezzo di costringimento, dia al legato un carattere speciale, come si potrà più distinguere, se si tratta d'una condizione ordinaria, o d'una pena? In questo caso la distinzione diveniva veramente sottile o dubbiosa, ed a ciò si applica più particolarmente l'osservazione di Marciano: «*Poenam a conditione voluntas testatoris separat: et (an) poena, an conditio, an translatio sit, ex voluntate defuncti apparet; idque divi Severus et Antoninus rescripserunt* (2)». Questo è il solo frammento che ci sia pervenuto degli antichi giureconsulti, in cui si ragiona di *trasferimento*, ma in nessuno si fa parola di *rivocazione* (3). Tutti parlano unicamente del legato, della libertà, dell'istituzione di erede, o del fedecommesso a titolo di pena, rispetto ai quali il carattere è ben distinto, nè vi può esser luogo a dubbio alcuno.

TITULUS XXI.

DE ADEMPTIONE ET TRANSLAZIONE LEGATORUM (4)

TITOLO XXI.

DELLA RIVOCA E TRASLAZIONE DEI LEGATI

Noi possiamo render generale l' argomento di questo titolo, e trattare delle diverse maniere in cui si rendono invalidi i legati, materia che corrisponde a quella già innanzi esposta per i testamenti (pag. 388).

Un legato al quale manca qualcuna delle condizioni indispensabili alla sua esistenza, come capacità, forma, natura della cosa legata o altre, di cui già abbiam cognizione, è nullo da principio. Ma può accadere talvolta che de'legati a principio regolarmente fatti, si trovino di poi indeboliti ed invalidi: La rivocazione (*ademptio*), il trasferimento (*translatio*), ed altri avvenimenti ancora sogliono produrre questo effetto.

***Ademptio legatorum**, sive eodem testamento adimantur legata, sive codicillis firma est; sive contrariis verbis fiat ademptio, veluti si quod ita quis legaverit: DO, LEGO, ita adimatur: NON DO, NON LEGO; sive non contrariis, id est aliis quibuscumque verbis.*

La rivocazione de'legati *nel medesimo testamento*, o ne' codicilli è valida e ferma, e tanto se facciasi *con parole contrarie*, come sarebbe se alcuno, quel che ha legato in questa maniera: DO, LEGO, togliesse di poi in questo modo: NON DO, NON LEGO, quanto con parole non contrarie, cioè con qualunque altra forma di parole.

Eodem testamento: Imperocchè se si trattasse d'un altro testamento posteriore, la sua semplice esistenza renderebbe nulli non pure i legati, ma tutto quanto il primo testamento, non potendo alcuno avere due testamenti.

Sive codicillis : Poichè vi possono essere piu codicilli che si rannodano ad un medesimo testamento.

Sive contrariis verbis: Nel tempo ch'e-

(1) *Cod. 6, 41.* (2) *D. 34, 6, 2, f. Marcian.*

(3) Supponete un legato rivocato o trasferito in questa maniera: « Lego cento a Primo, e se egli non beve tutta l' acqua del Tevere, se non uccide Gaio, trasferisco il legato a Secondo, ovvero rivoco il legato ». Queste condizioni impossibili, o contrarie alle leggi non saranno considerate come non iscritte, ma in conformità delle regole sulle disposizioni a titolo di pena renderanno nulla la rivocazione, o il trasferimento che vi è subordinato.

(4) D. 34, 4. *De adimendis vel transferendis legatis.*

ra in voga la solennità delle formole, i legali creati con questa solennità doveano nella medesima forma esser rivocati. E però Ulpiano dice: « *Legatum quod datum est adimi potest . . . dum tamen eodem modo adimatur, quo modo datum est* » (1). Se dunque si tratta d'un legato dato *per vindicationem* con la formola: DO LEGO, sarà necessaria per rivocarlo la formola contraria, NON DO, NON LEGO. Se la rivocazione è stata espressa in altra forma, il legato, secondo il diritto civile, continua ad esser valido, ma se il legatario si fa a domandarlo, potrà esser respinto con l'eccezione di dolo (2). Sotto Giustiniano, essendo la solennità delle parole interamente tolta via, il testo dice non esser più necessario che la rivocazione si faccia con termini contrarî, poco importa l'espressione, purchè sia abbastanza chiaro della volontà. La rivocazione può farsi o puramente e semplicemente, o sotto condizione. In quest'ultimo caso il legato da puro e semplice che era divien condizionale, come se fosse stato fatto sotto la condizione contraria a quella della rivocazione (3).

La rivocazione può non pure essere espressa, ma risultare eziandio da' fatti. Tal'è il caso in cui il testatore ha cancellato la disposizione (*inducere quod scriptum est*) (4). Se egli distrugge la cosa, se si fa pagare il credito, che avea legato, o mette la cosa fuori commercio, per esempio, se la rende sacra o religiosa, se dà la libertà allo schiavo lasciato in legato: non vi è precisamente rivocazione; il legato non esiste più, perchè non vi è più la cosa che ne formava l'oggetto (p. 436). Ma se il testatore aliena la cosa, noi abbiam veduto, che vi ha, secondo i casi, rivocazione indiretta (pag. 433). Finalmente la rivocazione può anche dedursi per presunzione da talune circostanze: per esempio se son sopravvenute delle inimicizie capitali tra il testatore ed il legatario (5); ovvero se il testatore per una scrittura posteriore ha aggiunto alla sua disposizione qualche nota ingiuriosa contro il legatario (6).

1. *Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest, veluti si quis ita dixerit.* HOMINEM STICHUM, QUEM TITIO LEGAVI, SEIO DO LEGO; *sive in eodem testamento, sive in codicillis hoc fecerit. Quo casu simul Titio adimi videtur, et Seio dari.*

1. Si può parimenti trasferire il legato da una persona ad un altra come se alcuno dicesse: DO LEGO A SEIO LO SCHIAVO STICO CHE PRIMA IO AVEVA LASCIATO A TIZIO, e ciò vale quantunque si faccia o nel medesimo testamento, o nel codicillo. Nel qual caso pare che il legato sia nel tempo medesimo tolto a Tizio, e dato a Seio.

Il trasferimento del legato si può fare in quattro maniere, dice il giureconsulto Paolo: o da un legatario ad un altro (*a persona in personam*); o da un erede gravato del legato ad un altro erede che ne sarà gravato in luogo del primo (*ab eo qui dare jussus est ut alius det*); o da una cosa ad un'altra (*cum res pro re datur*); o da ultimo dando sotto condizione ciò che si era dato puramente e semplicemente (*quod pure datum est transfertur sub conditione*) (7); vale a dire in somma pel mutamento di legatario, di erede, di cose, o di modalità nella disposizione; il che corrisponde in fatto alla novazione in materia di obbligazione. In questi quattro casi il primo legato è tacitamente rivocato per la sostituzione d'un altro, ma gli effetti non sono identici.

Il testo quì fa parola soltanto del primo di cosiffatti trasferimenti. Il legato passa da un legatario all'altro con tutt'i suoi accessorii, modalità, e pesi (*cum sua causa*) (8). Se il secondo legatario è, o diviene incapace, o se rifiuta il legato, ciò non impedisce la rivocazione del primo, perchè ciò non toglie che il testatore non abbia avuto la volontà di rivocarlo (9). Del resto potrebbe darsi che il testatore avesse voluto fare non già un trasferimento, ma una sostituzione, o una congiunzione di legatarii; e però bisogna ben indagare la sua intenzione ed attenersi alla sua volontà (10).

Quanto il trasferimento ha avuto luogo riguardo alle cose, avendone il testatore legata una nuova in cambio della prima, se la seconda non è stata validamente legata, il legato della prima sussiste, perchè quì l'intenzione del testatore non è stata di privare d'ogni liberalità il suo legatario (11).

(1) *Ulp. Reg.* 24 § 29 e 2, § 12.
(2) *Ved. la parafrasi di Teofilo hic.*
(3) *D.* 35, 1, 107, *f. Gai.* — 34, 4, 10, *f. Jul.*
(4) *D.* 34, 4, 16, *f. Paul.*
(5) *D.* 34, 4, 3, § 11; 4, *f. Ulp.*; 22, *f. Papin.*; 31, § 2, *f. Scaev.*
(6) *Ivi*, 13, *f. Marcian.*; 29, *f. Paul.*
(7) *D.* 34. 4. 6. *f. Paul.*
(8) *Ivi* 24. *pr. f. Papin.* — 35. 1. 95. *f. Hermog.* — 34. 1. 13. *pr. f. Scaev.*
(9) *D.* 34. 4. *l. Julian. e* 20. *f. Pomp.*—30, 1° 34, *pr. f. Ulp.*
(10) *D.* 30. 1° 33. *f. Paul.*— *Cod.* 6. 37. 6. *e* 7. *const. Anton.* (11) *Arg. D.* 32. 3. 18. *f. Pomp.*

Il legato valido da principio, ed a riguardo del quale non è sopravvenuto alcun mutamento di volontà del testatore, può nondimeno estinguersi e svanire. Questo ha luogo (*legatum extinguitur*); 1. se il testamento dal quale dipende il legato, diviene invalido per qualunque si sia cagione (*ruptum*, *irritum*, o *destitutum*); poichè la sorte de'legati è congiunta a quella dell' istituzione di erede (p. 417); 2. se il legatario muore, o cessa di aver la fazione di testamento prima che il suo diritto resti fissato (prima del *dies cedit*) (p. 421); 3. se la cosa legata perisce, o cessa di essere in commercio (p. 443). Cioè in difetto di erede, di legatario, o di cosa legata: nel primo caso non vi ha debitore; nel secondo non vi ha creditore; nel terzo non vi ha oggetto dovuto. Finalmente il legato può ancora esser rivocato, o tolto al legatario (*legatum ereptitium*, *legatum aufertur*, *eripitur*) per causa d'indegnità (1).

TITULUS XXII.

DE LEGE FALCIDIA.

Superest ut de lege Falcidia dispiciamus, qua modus novissime legatis impositus est. Cum enim olim lege XII. Tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare (quippe ea lege ita cautum esset, UTI LEGASSIT SUAE REI ITA JUS ESTO*), visum hanc est legandi licentiam coarctare. Idque ipsorum testatorum gratia provisum est, ob id quod plerumque intestato moriebantur, recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditate adire. Et cum super hoc tam* lex Furia, *quam* lex Voconia *latae sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consumationem videbatur, novissime lata est* lex Falcidia, *qua cavetur ne plus legare liceat quam dodrantem totorum bonorum, idest ut sive unus heres institutus esset sive plures apud eum eosve pars quarta remaneret.*

TITOLO XXII.

DELLA LEGGE FALCIDIA (2).

Resta ora che si ragioni della legge Falcidia per la quale si è imposto ultimamente un certo termine a' legati. Dappoichè essendo già per i tempi addietro data libera facoltà a ciascuno per la legge delle XII. Tavole, di lasciar in legati anche tutto il patrimonio essendochè per quella legge era ordinato in questa maniera: QUEL CHE CIASCUNO PER LEGATI AVRÀ DISPOSTO DEL SUO AVERE, SI ABBIA COME LEGGE, si è giudicato esser ben fatto a restringere cosiffatta licenza, e ciò si è provveduto per rispetto de' testatori, perchè molti di loro per lo più morivano intestati, non volendo gli eredi scritti per niente o per poco guadagno accettar l'eredità. Ed essendo sopra questo fatto uscite fuori tanto *la legge Furia*, quanto *la legge Voconia*, delle quali nè l'una, nè l'altra supplisce abbastanza a quel che bisogna in questa materia, ultimamente è venuta fuori *la legge Falcidia*, per la quale si è provveduto che non sia lecito lasciar in legati più di nove once di tutta l'eredità, cosicchè o sia uno, l'erede istituito, o più, rimanga sempre all' erede o agli eredi la quarta parte.

Lex Furia: soprannominata *testamentaria*; il più antico de'tre plebisciti (3), che si pone, per ipotesi, nell'anno 571. di R. 183 avanti G. C. e del quale Gaio ci fa conoscere le disposizioni in questi termini: *Qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est.»* Al che egli aggiugne che questa legge non otteneva il suo fine, perciocchè nulla impediva che il testatore non moltiplicasse il numero de'legati di mille assi fino ad esaurire tutta quanta l'eredità (4).

Lex Voconia, detta eziandio *testamentaria*, plebiscito posteriore al precedente che è posto ipoteticamente nell'anno 585 di R., 169 avanti G. C., Gaio ce ne fa conoscere le disposizioni per quanto si appartiene all'argomento di cui ragioniamo, in questi termini: »*Qua cautum est ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent.* » Disposizione, aggiugne il giureconsulto, che presenta un vizio somigliante al primo; perciocchè nulla impediva che il testatore non moltiplicasse siffattamente il numero de'legati che ciascuno avesse una minima porzione, alla quale l' erede poteva in questa guisa esser ridotto (5).

Lex Falcidia: plebiscito che precedè di

(1) *D. 34, 9. De his quae ut indignis auferuntur. — Cod. 6, 35. De his quibus ut indignis hereditates auferuntur.*—Noi ritorneremo su quest'argomento.

(2) FONTI: Avanti Giustiniano: *Gai. 2, §§ 224, e seg. — Ulp. Reg. 24, § 32. — Paul. Sent. 3, 8. Ad legem Falcidiam.* — Sotto Giustiniano: *D. 35, 2. Ad legem Falcidiam* e 3. *Si plus quam per legem Falcidiam etc.—Cod. 6, 50. Ad legem Falcidiam. — Novel. 1, c. 2. De lege Falcidia et inventario*—Dopo Giustiniano: Basiliche lib. 41. περὶ φαλκιδίου (della Falcidia).

(3) Questo punto non ammette dubbio: *Cic. Pro Balbo 8; Gai. 2, § 226; Theoph.* nella sua parafrasi *hic*.

(4) *Gai. 2, § 225, e 4, § 23*; e dopo lui Teofilo *hic*.

(5) *Gai. 2, § 226*, e Teofilo *hic*. — Questo plebiscito è probabilmente il medesimo che avea colpito le donne d'una certa incapacità di ricevere, o di essere istituite eredi per testamento. *Cic. dei Senect. 5. — In Ver. 1. 43. — Gai. 2, § 274. — Paul. Sent. 4. 8, § 22* (e qui sopra p. 367).

pochi anni la morte di Cicerone (714. di R. 40. di G. C.) (1).

Si sentirà l'importanza di questa legislazione stabilita con incertezza, e per così dire a tentone, quando si ponga mente che nel sistema romano il legatario non è altro che un acquirente di beni; che il solo erede continua la persona giuridica, e che l'esistenza di tutte le disposizioni testamentarie dipende da lui: se egli ripudia l'eredità, tutto svanisce e si fa luogo alla successione *ab intestato*: Adunque era di sommo interesse, che l'erede non si trovasse ridotto ad una porzione così piccola da non volere l'eredità. Anche il tesoro pubblico vi era interessato per una notabile parte: l'imposta sui testamenti che erasi a quel tempo già stabilita, e che era abbondantissima fonte di entrate, svaniva se il testamento veniva meno. L'interesse fiscale adunque entrava per buona parte nella legge Falcidia (2).

Le disposizioni di questa legge fatta da principio solamente pe'legati, furono estese di poi da prima dal Senato-consulto Pegasiano alle eredità fedecommessarie, ed ai fedecommessi, de'quali l'erede istituito poteva esser gravato (3); quindi da un rescritto di Antonino Pio, ai fedecommessi imposti all'erede *ab intestato*; più tardi per vigore d'un rescritto di Severo e di Antonio, alle donazioni a causa di morte (4); di poi alle donazioni tra i conjugi (5). Tutte cosiffatte liberalità furono soggette alla prescritta ritenuta. Da ultimo *introdotta in un' altra materia* l'idea, della legge Falcidia, diè origine alla teorica della porzione legittima che noi di già abbiamo esposta (pag. 394).

Questa parte riserbata all'erede della legge Falcidia è detta generalmente ne'comentarii quarta Falcidia; ma i Romani la chiamano sempre semplicemente la quarta (*quarta*), ovvero la Falcidia (*Falcidia*).

1. ***Et cum quaesitum esset duobus heredibus institutis, veluti Titio, et Seio si Titii pars aut tota exhausta sit legatis, quae nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerata, a Seio vero aut nulla relicta sint legata, aut quae partem ejus dumtaxat in partem dimidiam minuant, an quia is quartam partem totius hereditatis, aut amplius habet, Titio nihil ex legatis quae ab eo relicta sunt retinere liceat, ut quartam partem suae partis salvam habeat? placuit posse retinere. Etenim in singulis heredibus ratio legis Falcidiae ponenda est.***

1. Si era ricercato se, essendo istituiti due eredi, come sarebbe Tizio e Seio, ed essendo tutta la parte di Tizio gravata o ridotta a nulla per i legati che egli a ciascuno avesse nominatamente a dare, mentre quella di Seio era intera, non vi essendo legati o essendovi era solamente ridotta alla metà, fosse lecito a Tizio ritener tanto de' legati che avesse intera la quarta parte, quantunque Seio già avesse la quarta parte o più di tutta l'eredità, e piacque che egli potesse ritenerla; poichè la legge Falcidia debbe aver luogo in ciascuno degli eredi separatamente.

Abbiam veduto sotto il paragrafo precedente su' quali liberalità cade la riduzione della legge Falcidia, ora qui è a vedere a chi ne appartenga il diritto.

All' erede sia testamentario, sia *ab intestato*, secondo che qui sopra abbiam detto. Ma giammai a'legatarii, nè a fedecommessarî sui fedecommessi, di cui per avventura fossero gravati (6). L'origine medesima della legge Falcidia vi ripugna: fatta che sia una volta l'adizione dall'erede, ogni volontà del defunto trovasi consolidata (*rata constituitur*) (7).

Ma se vi sono più eredi gravati differentemente, che cosa è a decidere? Siffatta è la questione che il nostro testo propone, e la risoluzione è semplicissima; ciascuno di essi debbe aver la quarta della sua parte, senza brigarsi di quella degli altri. Sicchè bisogna tener ragione di ciascuna parte isolatamente, facendo astrazione dalle altre: «*In singulis eredibus rationem legis Falcidiae componendam esse non dubitatur* (8)». Se nondimeno uno di questi eredi venga a mancare la sua porzione si accresce agli altri; ed allora come procederà la cosa? restano separate le quarte, o pure si confondono? Si dee distinguere: 1. Se la parte gravata si ac-

(1) *Dione Cass. 48. 33.*

(2) V. qui appresso tit. 23, § 5. — *Gai. 2.* §§ *254, e 256.*

(3) *D. 35. 2. 18. f. Paul.* — Qui la legge Falcidia è applicata alle eredità *ab intestato:* si vede com'essa è deviata dal suo scopo primitivo.

(4) *C. 6. 50. 5. const. Alex. 8. 57. 2. const. Gordian.* — *Dig. 39. 6. 27. f. Marcian.*

(5) *D. 24. 1. 32.* § *1.*— *Cod. 6. 50. 12. const. Dioclet. e Maxim.*

(6) *D. 35, 2, 47,* § *1, f. Ulp.*

(7) Questa è la ragione che allega lo stesso Papiniano. *D. 36, 1,* § *2, f. Pap.; 22,* § *2, f. Ulp.*— Ved. nondimeno *35, 2, 32,* § *4, f. Marcian.* Ma qui non si tratta della quarta del legato: si tratta di ripartire equamente la ritenuta che l'erede ha fatta.

(8) *D. 35, 2, 77, f. Gai.* Questa fu interpetrazione giudiziosa, ma forse estensiva della legge Falcidia; poichè essa oltrepassava il suo fine. Basta che uno degli eredi accetti, perchè il testamento resti valido, che importa adunque che ve ne sia qualcuno, il quale non essendo contento della sua porzione, rinunzii?

cresce a quella che non è gravata, quest' ultima rimane intatta come per l' innanzi, e la quarta si deduce solamente dalla porzione gravata; 2. se le due parti riunite sono amendue gravate, è a dire il medesimo, si continua a fare il computo sopra ciascuna separatamente; 3. ma se la parte non gravata si accresce a quella che è gravata, siccome vi è tutto profitto, le due parti si confondono, e la quarta si ritiene sull'intero (1).

II. *Quantitas autem patrimonii ad quam ratio legis Falcidiae redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque si verbi gratia is qui centum aureorum patrimonium in bonis habebat, centum aureos legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam hereditatem per servos hereditarios, aut ex partu ancillarum hereditariarum, aut ex foetu pecorum tantum accesserit hereditati ut centum (aureis) legatorum nomine erogatis, heres quartam (partem hereditatis) habiturus sit; sed necesse est ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso, si septuaginta quinque legaverit, et ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona, incendiis forte, aut naufragiis, aut morte servorum, ut non amplius quam septuaginta quinque (aureorum substantia) vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur. Nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem. Quae res efficit, ut necesse sit legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur cum herede in portionem pacisci.*

2. La quantità del patrimonio, alla quale ha riguardo la legge Falcidia si considera nel tempo della morte. Laonde se alcuno per esempio, che ha cento soldi d'oro di patrimonio, ne lascerà in legato cento, non giova nulla ai legatari se innanzi che s'accetti l'eredità, per mezzo degli schiavi dell'eredità, o del parto delle schiave, o del bestiame s'accrescesse tanto l' eredità, che pagati cento soldi d' oro pei legati, l' erede fosse per aver la quarta parte ereditaria; ma è necessario che non ostante questo, si cavi la quarta parte da' legati. E per il contrario se egli avrà lasciato in legato settantacinque soldi d'oro, ed innanzi che sia accettata l'eredità i beni siano tanto menomati, forse per incendii, per naufragi, o per morte degli schiavi, che la facoltà non sia più che settantacinque, o anche meno, i legati son dovuti per intero. Per questo non è che l' erede ne abbia danno, poichè egli è libero di accettare o non accettare l' eredità. La qual cosa opera che a' legatari sia necessario venire a patti con l' erede, acciocchè essi non perdano i legati, se l'erede per avventura non volesse accettare l' eredità.

Qual'è il tempo a cui si dee aver riguardo per estimare comparatamente il valore del patrimonio e quello de'legati? Per determinare se questi oltrepassano o nò la quantità stabilita dalla legge, e di quanto debbono esser menomati? Tal'è la quistione del presente paragrafo. La risposta è, che si dee aver riguardo al momento della morte del testatore. Così si prende in astratto il patrimonio ed i legati quali erano a quel tempo, si lascian da banda ma fittiziamente, e solamente pel computo (2) gli accrescimenti, o diminuzioni, o anche le perdite totali, che dopo quel tempo avesse per avventura provato sia il patrimonio, sia i legati: e su questa valutazione retroattiva si computa la quarta, senza brigarsi de'fatti posteriori.

Ma perchè si è così determinata la Falcidia dalla morte del testatore, e non dal momento dell'adizione? L'idea del principio che i legati si fissano generalmente alla morte, si accorda bene fino ad un certo punto con l'epoca della legge Falcidia: infatti al momento che il dritto è fissato (*dies cedit*), debbesi giudicar dell'estensione del legato. Nondimeno questo principio non domina quì interamente; poichè questa valutazione al tempo della morte si fa indistintamente per tutti i legati; comechè ve ne fossero per avventura di quelli, rispetto ai quali il *dies cedit* sopraggiunge più tardi. Fuor di dubbio la ragione della legge Falcidia nel riguardar l'epoca della morte è stata, che l' estensione delle liberalità permesse al defunto dovea esser fissata in modo invariabile rispetto a lui, ed indipendentemente dal più o meno di tempo che indugiassero i suoi eredi ad accettare l'eredità. Ma da ciò è seguito che lo scopo della legge ha potuto in certi casi venir meno. In fatti al momento dell' adizione ha interesse l' erede di valutare il patrimonio ed i suoi pesi, per vedere se non gli torni meglio di rinunziare. Se dunque le diminuzioni fosser tali, che l' erede avesse deliberato di rinunziare, i legatarii, che così corron pericolo di perdere i loro legati, per non rimanerne del tutto privi dovrebber venire a patti con lui. Questa è l'idea che trovasi espressa nella fine del nostro testo.

III. *Cum autem ratio legis Falcidiae ponitur, ante deducitur aes alienum; item funeris impen-*

(1) *Gai. 55. 2. 78. f. Gai.*

(2) Sarebbe grave errore il prendere questa astrazione fittizia per una cosa seria. Essa non impedisce che nel fatto il patrimonio ereditario, o i legati non profittino, o abbiano danno ciascuno secondo le regole già esposte (p. 442 e seg.) per gli aumentamenti, deteriorazioni o perdite totali sopravvenute di poi. Solamente, non si tien ragione di cosiffatte modificazioni nel calcolo della Falcidia.

sa, et pretia servorum manumissorum: tunc demum in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars ad heredes remaneat, tres vero partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus quadringentos aureos legatos esse et patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet quadringentorum esse, quarta pars singulis legatariis debet detrahi. Quod si quingentos legaverit initio quinta, deinde quarta detrahi debet. Ante enim detrahi debet quod extra bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud heredem remanere debet.

3. Ma per ridurre le cose alla ragion della legge Falcidia, da prima si levano i debiti, le spese fatte ne' funerali, ed i prezzi degli schiavi fatti liberi, e poi di quel che resta si fa in modo che l'erede ne abbia la quarta parte, e le altre tre parti si distribuiscano tra i legatari a proporzione di ciò che a ciascuno è stato lasciato. Laonde se per esempio noi fingeremo che siano stati lasciati in legato quattrocento soldi d'oro, e che il patrimonio, dal quale si hanno a cavar i legati, sia di quattrocento, si dovrà torre la quarta parte a ciascuno dei legatari. Ma se figuriamo che fossero lasciati in legato cinquecento soldi d'oro, a principio si dee torre la quinta parte, e poi la quarta, perciocchè si dee dedurre prima quel che è fuor della quantità del patrimonio, e dipoi quel che dee rimaner di quei beni presso l'erede.

Come si fa il calcolo? Questo è il soggetto di cui quì si tratta.

Aes alienum. I debiti del defunto: la dizione è energica, questi sono i beni di altri; quindi è mestieri separarli dal patrimonio.

Funeris impensas. I funerali del testatore, del comune benefattore: è giusto che tutti vi concorrano.

Pretia servorum manumissorum: Essi diverranno liberi per l'adizione, ovvero per la manomissione solamente, se si tratta di libertà fedecommessaria; dunque al momento della morte sono ancora ne'beni; nondimeno è mestieri che se ne faccia la deduzione, perciocchè sono per uscirne per l'acquisto della libertà. Siffatte liberazioni sono de'legati, delle liberalità del defunto, ma sfuggono alla Falcidia, perchè la loro medesima natura non comporta alcuna possibilità di riduzione.

Del resto il calcolo, se supponiamo de'legati condizionali, de'legati a termine de'legati annuali, o vitalizî, de'legati che consistono nel fare o non fare, e diverse altre circostanze, presenta numerose difficoltà, necessità di apprezzi, quistioni ardue, sulle quali l'ingegno sottile de'giureconsulti romani erasi maravigliosamente esercitato; ma quì sarebbe troppo lungo a volerle esporre (1).

La legge Falcidia non si applicava a'testamenti de'soldati (2), nè in taluni altri casi privilegiati o eccezionali. Giustiniano medesimo con una Novella, diede al testatore il dritto di vietarne espressamente, o tacitamente l'applicazione (3).

TITULUS XXIII.

DE FIDEICOMMISSARIIS HEREDITATIBUS.

Nunc transeamus ad fideicommissa. Et prius est ut de hereditatibus fideicommessariis videamus.

TITOLO XXIII.

DELLE EREDITÀ FEDECOMMESSARIE (4).

Passiamo intanto a' fedecommessi, ma vediamo prima la materia delle eredità fedecommessarie.

I fedecommessi corrispondono in certa guisa o alle istituzioni di erede, o ai legati. Alle istituzioni d'erede, allorchè hanno per oggetto l'eredità o una quota dell'eredità, ed allora dicesi nel diritto romano eredità fedecommessaria (*fideicommissaria hereditas*), e nel linguaggio moderno de' commentatori, fedecommesso universale. Ai legati, allorchè hanno per oggetto una cosa diversa da una quota dell'eredità, per esempio, una cosa particolare e determinata sia nel suo genere, sia nella sua specie, o eziandio una universalità, come un peculio, un gregge. Ciò dicesi in diritto romano fedecommesso d'una cosa particolare (*fideicommissum singulae rei*), ed i comentatori per ragione di brevità l'appellano fedecommesso particolare. Nel primo caso il testatore fa un erede fedecommessario in cambio d'un erede civile, nel secondo, un fedecommessario d'oggetti particolari in cambio d'un legatario.

Il testo dee trattar da prima delle eredità lasciate per fedecommesso. Ma il paragrafo che segue espone preliminarmente l'origine storica de' fedecommessi.

1. *Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invi-*

(1) V. il titolo speciale sulla materia. *D. 35, 2.*

(2) *D. 35, 2, 17, f. Scaev.; 92, f. Macer.; 96, f. Scaev.*

(3) *Nov. 1, c. 2, § 2.*

(4) Fonti: Avanti Gistiniano: *Gai. 2, §§ 246, e seg.—Ulp. Reg. 25, De Fideicommissis; 2, Paul. Sent. 4, 1, De fideicommissis; 2, Sen. cons. Trebell.; 2, De Sen. cons. Pegas.; 4. De repud. hereditate.*—Sotto Giustiniano : *Dig. 36, 4, Ad Sen. cons. Trebel.—Cod. 6, 49, Ad Sen. cons. Trebell.*

cipazione (*familia emptor*), perchè gli potesse esser imposta una legge. Nulla può andar innanzi a questa creazione di erede, che apre pel testatore il diritto di comandare: « *Quoniam et potestas testamenti ab heredis institutione incipit* » (1). La qual regola inevitabile e logica fino a tanto che le primitive istituzioni di Roma sono una realtà, pare sottile, ed irragionevole quando queste medesime istituzioni son ridotte ad una finzione, ad una debole e confusa ricordanza di ciò che per addietro era stato.

La nomina del tutore era sottoposta al rigore di siffatta regola; ed i Sabiniani persistettero a mantenervela; ma i Proculeani pensarono che ne dovesse essere eccettuata, perciocchè essa non gravava l'eredità di alcun carico (2); il loro avviso prevalse, e questa fu una derogazione al vero diritto civile romano. Ma niuna cosiffatta ragione militava pel legato di libertà, il quale era certamente un carico pel continuatore della persona.

Dopo Augusto si cominciò a modificar la regola ammettendosi che i codicilli potessero validamente contener de' legati. Sotto Giustiniano poco importa il posto delle disposizioni (3). Ed eziandio i legati messi a carico di altra persona che l'erede testamentario, valgono come fedecommessi.

Non abbiam nulla a dire delle locuzioni che si dovevano adoperar ne'legati, avendone quì sopra già fatto parola (pag. 417, e seg.). In quanto alla forma degli atti vi avremo a ritornare quanto diremo de'codicilli (quì appresso tit. 25).

Delle diverse modalità de'legati.

S'intendono per modalità d'un diritto quelle modificazioni che toccano la sua medesima esistenza, la sua estensione, la sua esecuzione, e che costituiscono per questo diritto altrettanti diversi modi o maniere di essere. Questo argomento è trattato, pel legato, in un titolo speciale del Digesto, e del Codice (4). La condizione (*conditio*); la destinazione della cosa legata indicata al legatario (*modus*); il termine (*dies*) sono altrettante modalità: esse toccano la disposizione in se medesima nella sua esistenza, nella sua estensione, nella sua esecuzione.

Il legato è condizionale allorchè il testatore ha subordinata la sua disposizione ad un avvenimento futuro ed incerto; il legato esiste, ma condizionalmente cioè come dipendente da un avvenimento futuro. Noi di già sappiamo che dopo una discussione tra le due opposte scuole di giurisprudenza, essendo prevaluto l'avviso de'Sabiniani, fu diffinitivamente ammesso che ne' testamenti le condizioni impossibili, o illecite in cambio di annullare la disposizione, si dovean reputar non iscritte, e la disposizione esser eseguita non altrimente che se fosse pura e semplice. Il caso, o la condizione che consiste in un fatto negativo che è vietato al legatario di fare (*quae in non faciendo sunt conceptae*), offre una notabile particolarità. Per esempio, se il testatore ha detto: Io lego cento soldi d'oro a Tizio, se non ascende nel Campidoglio (*si in Capitolium non ascenderit*), siccome fin tanto ch'egli vive è sempre possibile che ascenda nel Campidoglio, la condizione non potrebbe esser perfettamente adempiuta innanzi la sua morte; e così sarebbe impossibile ch'ei profittasse della liberalità del defunto. In questo stato di cose, e per un favore speciale per le disposizioni testamentarie, erasi trovato un rimedio al rigore del diritto. Il legatario, al quale erasi lasciato un legato in questa forma, prendeva immediatamente il legato, ma dava sicurtà all'erede per la restituzione che era tenuto a farne, se contravvenisse al divieto del testatore. Questa sicurtà consisteva in una malleveria, della quale Q. Muzio Scevola per il primo avea introdotta la formola, e che addo mandavasi cauzione Muziana (*Muciana cautio*) (5). Essa si applica eziandio alle istituzioni di erede fatte sotto simiglianti condizioni (6).

Il legato è fatto sotto un modo (*sub modo*), quando il defunto ha imposto al legatario la destinazione della cosa legata, per esempio, per innalzare un monumento al testatore, per dare un pranzo ai municipali, ovvero per restituire una parte del legato ad un altro (7). Tal'è questa specie: « *Luciis, Publiis, Corneliis ad monumentum meum aedificandum mortis tam legatis...*

(1) *Ulp. Reg. 14, § 15. — Paul. Sent. 5, 6, § 2 — Gai. 2, § 229.* (2) *Gai, 2, § 231.*

(3) Vedi un frammento della sua costituzione. *Cod. 6, 23, 24.*

(4) D. 35, 1, *De conditionibus et demonstrationibus, et causis et modis eorum quae in testamento scribuntur.* — Cod. 6, 46. *De conditionibus insertis tam legatis, quam fideicommissis, et libertatibus.*

(5) *D. 35, 1, 7, pr. f. Ulp.; 67, f. Javol.; 72, pr. §§ 1, e 2; 73, 77, § 2, f. Ulp.; 101, § 5, f. Papin.; 106, f. Julian.*

(6) *28, 7, 4, § 1, f. Julian.*

(7) *D. 35, 1, 17, § 4, f. Gai.*

numentum meum aedificandum, mille, heres dato (1) ». Il modo non debb'esser confuso con la condizione (2). Esso non sospende come quella l' effetto della disposizione; il *dies cedit* ha luogo per questo legato come pe' legati puri e semplici, il legatario può domandare immediatamente la cosa, ma è tenuto di adempiere alla destinazione indicata dal defunto, di darne sicurtà all'erede (3), ed in difetto può essere astretto all'adempimento, o a restituire la cosa. Non pertanto trovasi talvolta nel testo la parola *modus* presa in un senso più ampio (4).

Un termine (*dies*) può aggiugnersi al legato; ed è questa una manifesta differenza tra il legato e l'istituzione di erede: il motivo di questa differenza risulta sufficientemente da quel che ne abbiam detto (pagina 374). Il legato non è una continuazione della persona, ma un acquisto di proprietà, o di credito: nulla dunque impedisce che vi si apponga un termine. Ma quì fa mestieri distinguere tra il termine certo (*dies certus*), per esempio, alle tali calende, tre anni dopo la mia morte, ed il termine incerto *dies incertus*, per esempio, alla morte del mio erede (*heres meus cum morietur*); egli è certo che l' erede morrà, ma in qual tempo? questo è incerto. Da ultimo si vuol ricordare quella regola formolata da Papiniano « *Dies incertus conditionem in testamento facit* (5) » ed eziandio da Ulpiano, parlando de' legati: » *Dies incertus appellatur conditio* »; regola da noi già innanzi spiegata (pag. 374 e seg.). Perchè il legatario abbia avuto un diritto fissato a suo vantaggio, nel caso del termine incerto, è necessario che questo termine sia venuto durante la sua vita, altrimenti egli sarà morto senza il diritto, e non avrà trasmesso nulla a'suoi eredi. Allorchè dunque il testatore dice: « Lego dieci soldi d'oro a Gaio alla morte del mio erede »; è come se egli avesse detto: lego dieci soldi d' oro a Gaio, se il mio erede morrà prima di lui. Or detto a questo modo, chi non vede che l'avvenimento stesso è dubbioso, che è una vera condizione? (6) Ma se il termine quantunque incerto dee necessariamente venire vivendo il legatario, non han più luogo le medesime ragioni: esso non fa condizione. Ecco l'unico esempio arrecato da' giureconsulti: lego a Tizio, quando morrà (*cum ipse legatarius morietur*) (7). Il termine è incerto, ma verrà certamente vivendo il legatario, perciocchè l'uomo vive ancora nel momento in cui cessa di vivere: il legato adunque non si reputa condizionale: il legatario senza dubbio lo raccoglierà e trasmetterà a' suoi eredi. Questo è sottile, ma logico. Quali sono le conseguenze di cosiffatta massima: *Dies incertus conditionem in testamento facit*? Per l'istituzione di erede, è lecito di farla con siffatto termine, benchè in generale l'istituzione a termine sia nulla (p. 376). Pel legato, la conseguenza è, che al legato a termine incerto si applicano, quanto al *dies cedit* ed al *dies venit*, le medesime regole che al legato condizionale (p. 420).

XXXV. Post mortem quoque heredis aut legatarii, *simili modo inutiliter legabatur*, *veluti si quis ita dicat*: *Cum heres meus mortuus erit*, *do lego*; *item*: *Pridie quam heres aut legatarius morietur*. *Sed simili modo et hoc correximus*, *firmitatem hujusmodi legatis ad fideicommissorum similitudinem praestantes*, *ne vel in hoc casu deterior causa legatorum*, quam fideicommissorum *inveniatur*.

35. Parimente il legato *dopo la morte dell'erede, o del legatario*, era inutile, come sarebbe se alcuno dicesse: Do lascio quando l' erede mio sarà morto. Similmente: Il dì innanzi che l'erede o il legatario si muoia. Abbiamo ciò parimente corretto, dando fermezza a cosiffatti legati, acciocchè in questo caso la condizione dei legati non sia da meno *di quella de' fedecommessi*.

Ecco delle sottigliezze intorno al termine, le quali son tolte via da Giustiniano:

Post mortem quoque heredis: Il legato non poteva farsi sotto cosiffatto termine, perchè non sarebbe stato fatto veramente *ab herede*, ma piuttosto *ab heredis herede*; esso sarebbe stato un carico non per l'erede, ma per l' erede dell' erede. (8). I soli fedecommessi potevano aver luogo in tal maniera: Giustiniano assomiglia i legati a' fedecommessi.

Aut legatarii: Queste parole sono ag-

(1) *Ivi 40, § 5, f. Javol.* (2) *Ivi 80, f. Scaev.*
(3) *D. 32, 3.° 19 f. Valent. — 35, 1, 40, § 5, f. Javol.; ed 80, f. Scaev.*
(4) *C. 6, 45, De his quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur.*
(5) *D. 35, 1, 75, f. Papin.*
(6) *D. 35, 1, 1, § 2, f. Pomp. 79, § 1, f. Pap. 31, 2° 12, f. Paul.*
(7) *D. 36, 1, 79, pr. f. Papin. — 36, 2, 4, f. Ulpiano.*
(8) « *Ne ab heredis herede legari videatur, quod juris civili ratio non patitur.* » *Ulp. Reg. 24, § 16, Paul. Sent. 3, 6, § 5. — Gai. 2, § 232.* — Quanto alla nomina d' un tutore, si dubitava che non potesse esser fatta *post mortem heredis, Gai. 2, § 234,*

ma ciò non impedisce, come vedremo fra poco al § 10, che non si possano gravar di fedecommessi anche gli eredi *ab intestato*.

Chiamasi *fideicommittens*, colui che fa il fedecommesso; erede fiduciario (*fiduciarius*) chi è incaricato di restituire; ed infine fedecommessario (*fideicommissarius*) colui al quale debb'esser restituito.

III. *Restituta autem hereditate, is quidem qui restituit*, nihilominus heres permanet; *is vero qui recipit hereditatem* aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur.

3. Renduta l'eredità, colui che rende *resta nondimeno erede;* ma colui che ha ricevuto l'eredità, *qualche volta si ha in luogo di erede, e qualche volta in luogo di legatario.*

Nihilominus heres permanet: ecco il principio del diritto civile. Non è erede o continuatore della persona giuridica del defunto se non colui al quale questa parte è stata conferita sia dalla legge generale delle successioni *ab intestato*, sia dalla legge particolare di un testamento conforme a tutte le prescrizioni del diritto civile. Egli solo ha questo titolo, ed ha le azioni tanto attive che passive le quali risedevano nella persona del morto.

Allorchè questo principio sussisteva nella sua integrità, in qual maniera si ovviava alle sue conseguenze? Supponiamo che in virtù d'un testamento un'eredità sia stata restituita in tutto, o in parte: non ostante questa restituzione il fiduciario non resta meno erede, egli solo può perseguitare i debitori, egli solo può esser perseguitato da' creditori: or in che modo si perverrà à far sopportare al fedecommessario la sua parte de' debiti ereditarii, ed a farlo profittare della sua parte de' crediti? Vi si giugneva per via di accomodamenti e di stipulazione tra lui, e l'erede. In fatti si ricorreva alla finzione di una vendita. L'erede faceva al fedecommessario la vendita finta dell'eredità per un solo pezzo di moneta (*nummo uno*); ed allora intervenivano tra loro le stipulazioni che si avea in costume di fare tra il venditore, ed il compratore d'un'eredità: l'erede stipulava con colui al quale restituiva l'eredità, che questi lo ristorerebbe del danno per tutto ciò che sarebbe obbligato di pagare, e lo difenderebbe contro ogni azione che gli venisse intentata in qualità di erede; e quegli al quale si faceva la restituzione stipulava alla sua volta coll'erede, che questi gli renderebbe tutto ciò che per avventura gli pervenisse in qualità di erede, e che gli permetterebbe eziandio di domandare e riscuotere a titolo di procuratore i crediti ereditari. Siffatte stipulazioni, delle quali Gaio ci ha conservato presso a poco il tenore (1), si addomandavano *emptae et venditae hereditatis stipulationes*. Esse avean luogo o che si dovesse restituir tutta quanta l'eredità, o una parte solamente, e per la parte dell'eredità che si reputava venduta: poichè allora colui al quale facevasi la restituzione non teneva luogo nè di erede, nè di legatario, ma di compratore: « *Olim autem nec heredis loco erat, nec legatarii, sed potius emptoris* » (2).

Aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur: ecco la modificazione fatta al diritto civile. Il fedecommessario, secondo i principii del diritto civile, non è nè erede, nè legatario, ma per equità si è giunto a dargliene il posto (*loco habebatur*): alle volte quello di erede, allorchè si applicava il senato-consulto Trebelliano; alle volte quello di legatario quanto era applicato il senato consulto Pegasiano. Ora è da vedere che cosa erano codesti senato-consulti, ed in quali casi la loro applicazione avea luogo.

IV. *(Et Neronis quidem) temporibus Trebellio Maximo, et Annaeo Seneca consulibus, senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit (omnes actiones quae jure civili heredi, et in heredem competerent, ei et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta sit hereditas. Post quod senatus-consultum praetor utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem quasi heredi, et in heredem dare coepit.*

4. E ne' tempi di Nerone essendo consoli Tre-

---

(1) *Tum enim in usu erat ei cui restituebatur hereditas nummo uno hereditatem dicis causa venire; et quae stipulationes* (inter venditorem hereditatis, et emptorem interponi solent, eaedem interponebantur) *inter heredem, et eum cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine, indemnis esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur: ille vero, qui recipiebat hereditatem invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur; ut etiam pateretur eum hereditarias actiones, procuratorio, aut cognitorio nomine exequi. Gai.* 252.—V. anche. *Gai.* 3, 85.

(2) *Gai.* 2, § 252.

bellio Massimo, ed Anneo Seneca, fu fatto un senatoconsulto, per il quale fu disposto, che se si rendesse l'eredità per conto di fedecommesso, tutte le azioni che di ragion civile si competevano all'erede e contra l'erede, fossero date a colui e contra colui, al quale fosse stata renduta l'eredità per fedecommesso. Dopo il qual senatoconsulto il pretore cominciò a dar le azioni utili a colui e contra colui che aveva ricevuta l'eredità, quasi come fosse erede.

Sicchè secondo il senato-consulto TREBELLIANO (nell' 815. di R. 62. di G. C.), del quale un frammento di Ulpiano ci ha conservato le precise parole (1), il fedecommessario sta in luogo di erede, e questi principii altra volta sì gelosi, intorno alla continuazione della persona giuridica del cittadino, vanno via! Un semplice fedecommessario designato senza le formalità del diritto civile sarà considerato come successore, trasferendo a lui questa persona; egli avrà per la sua parte le azioni del defunto contro i debitori, e vicendevolmente i creditori le avranno contro di lui!

Tuttavia queste azioni non saran date a lui o contro di lui altrimenti che come azioni *utiles* pel soccorso del pretore, ed in conformità delle disposizioni dell' editto (*eaeque in edicto proponuntur*); perciocchè esse non si danno in virtù del diritto civile (2), ma solamente per utilità, supponendo nel fedecommessario una qualità ch'egli non ha. I creditori ereditarii potranno sempre a rigore perseguitare con azioni dirette l'erede istituito, perchè egli solo è il vero erede, l' erede del diritto civile; ma questi avrà per difendersi contro di loro un'eccezione, *restitutae hereditatis exceptio*: egli ha renduta l'eredità. E se dal suo lato l'erede civile volesse, usando del dritto rigoroso, perseguitare i debitori con azioni dirette oltre la parte che gli è rimasta sarebbe anch'egli respinto vicendevolmente con eccezione (3).

V. *Sed quia heredes scripti cum aut totam hereditatem aut pene totam, plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa: postea Vespasiani Augusti temporibus Pegaso* (4), *et Pusione consulibus Senatus censuit, ut ei qui rogatus esset, hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. Post quod senatus-consultum ipse heres onera hereditaria sustinebat, ille autem qui ex fideicommisso recepit partem hereditatis, legatarii partiarii loco erat, id est ejus legatarii, cui pars bonorum legabatur. Quae species legati* partitio *vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem: unde quas solebant stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eaedem interponebantur inter eum qui ex fideicommisso recepit hereditatem, et heredem: id est ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune esset.*

5. Ma poichè gli eredi scritti avendo a render tutta o quasi tutta l' eredità ricusavano di accettarla per poco o nulla di guadagno, e per questo s'estinguevano i fedecommessi, pensò il Senato ne' tempi di Vespasiano Augusto, essendo consoli Pegaso, e Pusione, che a colui che era pregato di restituir l'eredità, fosse lecito di ritenersi la quarta parte, siccome si concede di ritenersi la quarta parte de' legati per la legge Falcidia. Ed anche di ciascuna cosa particolare lasciata per fedecommesso è lecito ritenere la quarta parte. Dopo il qual senato-consulto, l' erede sosteneva i pesi dell' eredità, e colui che per fedecommesso riceveva una parte dell' eredità era assomigliato a quel legatario, al quale si lasciava in legato parte dei beni, la qual sorta di legato si chiamava *partizione*, perchè il legatario ripartiva l'eredità con l'erede. Laonde quelle stipulazioni medesime, le quali si facevano tra l' erede ed il legatario parziario, quelle medesime si facevano tra colui che riceveva l'eredità per fedecommesso, e l' erede, cioè che il danno, ed il guadagno fosse comune tra loro in proporzione della parte di ciascuno.

Il senato-consulto TREBELLIANO metteva il fedecommessario in luogo di erede (*loco heredis*); gli attribuiva le azioni tanto attive, quanto passive pel tutto, o per una parte, secondochè l'eredità gli era restituita per intero, o per una parte soltanto. Ma nel caso che l'erede istituito era stato incaricato di restituir tutta l'eredità o quasi tutta, che interesse poteva egli avere ad accettare un' eredità illusoria per lui? Per verità il senato-consulto lo faceva sicuro dai debiti dandogli un' eccezione contro ai creditori, ma non gli attribuiva niun profitto. Dal che avveniva che in questo stato di cose l'erede ripudiava un'eredità inutile per lui, e per siffatto rifiuto faceva cadere il testamento, e con esso tutte le disposizioni del defunto, e lo stesso fedecommesso. Questo era l'inconveniente, al quale pose rimedio il Senato-consulto PEGASIANO (tra l' 823, o 829 di R. 70, o 76 di G. C.).

Questo Senato-consulto, il quale conteneva eziandio delle altre importanti di-

(1) *D. 36, 1, 1, § 2, f. Ulp. — Gai, 2, § 255.*
(2) *Gai. ivi.*
(3) *D. 36, 1, 1, § 4, f. Ulp. e 27, § 7, f. Jul.*

(4) Questo è forse il giureconsulto Pegaso, di cui parla Pomponio. *D. 1, 2, 2, § 47.*

sposizioni (1), diede all'erede il diritto di ritenersi sul fedecommesso la quarta parte, come si riteneva sui legati per la legge Falcidia (p. 486). Per tal modo si estese a questo caso la legge Falcidia, si trattò il fedecommessario come un legatario, mettendolo in certo modo *loco legatarii*. Sicchè in questo caso particolare non prevoduto dal senato-consulto TREBELLIANO, il fedecommessario che pativa la riduzione della quarta, trattato come un legatario, e non come un erede non avea le azioni attive e passive per la sua parte: come dunque regolare i diritti a tal riguardo? Si continuò l'assimilazione; egli era trattato come un legatario, ma come un legatario parziario, giacchè avea una quota dell' eredità: intervenivano dunque tra lui e l'erede le stipulazioni *partis et pro parte*, delle quali abbiam ragionato trattando de'legati (p. 440) (2).

Questo quarto ritenuto dall' erede sui fedecommessi non fu mai da' giureconsulti romani altramente chiamato che la quarta (*quarta*), la Falcidia (*Falcidia*), il benefizio della legge Falcidia (*commodum beneficium legis Falcidiae*) (3) perfettamente come pe'legati. I comentatori gli han dato la denominazione di quarta Trebelliana, che non gli è mai appartenuta in diritto Romano, e non poteva appartenergli; perchè non dal senato-consulto TREBELLIANO, ma sibbene dal PEGASIANO aveva avuto origine.

In somma il Senato-consulto PEGASIANO non abrogò quello, che lo avea preceduto; essi si applicavano ciascuno in diverse congiunture. Era il caso del senato-consulto TREBELLIANO? Le azioni si dividevano di pieno diritto, il fedecommessario era *loco heredis*. Era il caso del senato-consulto PEGASIANO? il fedecommessario era *loco legatarii*; le azioni non si dividevano; era necessario di ricorrere alle stipulazioni *partis et pro parte*. Ma in qual caso dovea aver luogo l' applicazione dell'uno? in qual caso l'applicazione dell'altro? questo si espone nel paragrafo che segue.

VI. *Ergo si quidem non plus quam dodrantem* hereditatis *scriptus heres rogatus sit restituere, tunc ex Trebelliano senatus-consulto restituebatur hereditas, et in utrumque actiones hereditarias pro rata parte dabantur: in heredem quidem jure civili, in eum vero qui recipiebat hereditatem ex senatus-consulto Trebelliano tamquam in heredem.* At si plus quam dodrantem, vel etiam totam hereditatem *restituere rogatus esset, locus erat Pegasiano senatus-consulto, et heres qui semel adierit hereditatem, si modò sua voluntate adierit, sive retinuerit quartam partem, sive retinere noluerit, ipse universa onera hereditaria sustinebat. Sed quarta quidem retenta, quasi partis et pro parte stipulationes interponebantur, tamquam inter partiarium legatarium et heredem;* si vero totam hereditatem restituerit, *emptae et venditae hereditatis stipulationes interponebantur.* Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem, *ob id quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatus-consulto, ut desiderante eo cui restituere rogatus est,* jussu praetoris adeat *et restituat hereditatem*, perindeque *ei et in eum qui recipit hereditatem*, actiones dantur, ac juris est ex Trebelliano senatus-consulto. *Quo casu nullis stipulationibus est opus, quia simul et huic qui restituit securitas datur, et actiones hereditariae ei, et in eum transferuntur qui recepit hereditatem; utroque senatus-consulto in hac specie concurrente.*

6. Adunque *se l'erede scritto era pregato a render non più che nove once* dell'eredità, allora per il senato-consulto Trebellino si restituiva l' eredità, e si davano le azioni ereditarie contro ciascuno per rata; contro l'erede per diritto civile, contro il fedecommessario per il senato-consulto Trebelliano, come erede. *Ma se egli era pregato di restituir più di nove once, ovvero* l' intero, allora avea luogo il senato-consulto Pegasiano, e l' erede, che una volta avea accettato l' eredità, (se però l' avesse accettata di suo volere) sosteneva tutto il carico dell'eredità in universale, o che avesse ritenuto la quarta, o nò. Ritenuta la quarta parte s' interponevano le stipulazioni quasi di parte, e per parte, come tra il legatario parziario, e l' erede; *se poi egli restituiva tutta la eredità*, s' interponevano le stipulazioni dell' eredità comprata, e venduta. *Se l' erede scritto ricusava di accettar l'eredità*, perchè diceva di aver sospetto che non gli fosse dannosa, si provvedeva per il senato-consulto Pegasiano, che, desiderando il fedecommessario che l'erede gliela restituisse, questi dovesse accettare *per comando del pretore*, e restituire di maniera, che *le azioni tutte fossero date a colui, e contra colui che la riceveva, come se la restituzione fosse fatta secondo il senato-consulto Trebelliano.* Nel

(1) Così: abbiam veduto, p. § 2, che pose delle nuove restrizioni alla capacità di ricevere per fedecommesso.

(2) Secondo noi è un errore troppo comune il credere che queste stipulazioni *partis et pro parte* avessero luogo anche ne' tempi andati tra l' erede ed il fedecommessario. Questi fino ai senato-consulti mai non era stato considerato nè come erede, nè come legatario; non altrimenti si giungeva a motivare le stipulazioni, che simulando una vendita totale o parziale dell' eredità: adunque le stipulazioni, che intervenivano erano quelle *emptae et venditae hereditatis* (*Gai. 2, § 252*). Dopo che il senato-consulto PEGASIANO ebbe messo il fedecommessario *loco legatarii*, si ricorse alle stipulazioni *partis et pro parte*. (*Gai. 2, § 254*). Si confronti per meglio convincersi di ciò: *Gai. §§ 252, e 254.*; *Ulp. R. 25, 15.*; *Paul. Sent. 4, 3, § 1.*

(3) *D. 36, 1, 16, § 6, f. Ulp.*; *27, § 10, f. Julian.*; *30, pr. f. Marcian.*

qual caso non è uopo che si faccia alcuna stipulazione, poichè in un medesimo tempo si dà sicurezza a colui che restituisce l' eredità, e si trasferiscono le azioni ereditarie a colui, e contra colui, che la riceve, concorrendo in questo l' uno e l' altro senato-consulto.

La prima parte di questo paragrafo ci mostra chiaramente in qual caso avrà luogo l'applicazione del senato-consulto Trebelliano, ed in qual caso quella del senato-consulto Pegasiano. Se l'erede non è stato incaricato di restituire più di tre quarti (*siquidem non plus quam dodrantem hereditatis*) il senato-consulto Pegasiano è inapplicabile, perchè non ha luogo alcuna ritenuta: si rimane nelle disposizioni del senato consulto Trebelliano. Per contrario se è stato pregato di restituire più de'tre quarti (*at si plus quam dodrantem, vel etiam totam hereditatem*), è precisamente il caso pel quale il senato-consulto Pegasiano è stato fatto: si è dunque sotto l'impero di questo senato-consulto.

Ma l'ultima parte del testo esamina due casi che possono presentarsi:

1. Se nell'ultima ipotesi, cioè quella in cui deve applicarsi il senato-consulto Pegasiano, l'erede quantunque avente il diritto di ritener la Falcidia, non faccia questa ritenuta, e restituisca volontariamente tutta l'eredità, (*si vero totam hereditatem restitueret*), che si dovrà decidere quanto alle azioni? Passeranno esse al fedecommessario? Nò, perchè si è sotto l'impero del senato-consulto Pegasiano. Il fatto che l'erede non ha voluto esercitare il suo diritto di ritenuta, non può cambiare il diritto; tutte le azioni continueranno ad essere in lui, e contro di lui; adunque non resta a lui, ed al fedecommessario altro espediente che quello delle antiche stipulazioni *emptae et venditae hereditatis* (1).

2. Se, sempre nella medesima ipotesi, e non ostante la facoltà di ritener la Falcidia, l'erede istituito allegando di aver sospettato che l'eredità gli debba esser dannosa, ricusi di accettarla (*si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id quod dicet eam sibi suspectam esse quasi damnosam*, che cosa si dovrà fare? Si lascerà così cadere il testamento, e con esso il fedecommesso? Una disposizione speciale del senato-consulto Pegasiano provvedeva a questo caso. L'erede accetterà per comando del pretore (*jussu praetoris adeat*), restituirà tutta l'eredità, ma nel tempo medesimo le azioni saranno trasferite dal pretore a colui, e contra colui al quale l'eredità sarà stata restituita, come se si fosse nel caso del senato-consulto Trebelliano (*perinde .... ac juris est ex Trebelliano Senatus-consulto*) (1).

VII. ***Sed quia stipulationes ex senatus-consulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt, et quibusdam casibus*** **captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat,** ***et nobis in legibus magis simplicitas, quam difficultas placet, ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quam differentiis utriusque senatus-consulti, placuit exploso senatus-consulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatus-consulto praestare, ut ex eo fideicommissariae hereditates restituantur, sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive nihil penitus; ut tunc, quando vel nihil vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod deest ex nostra auctoritate retinere,*** **vel repetere solutum** ***quasi ex Trebelliano senatus-consulto, pro rata portione actionibus tam in heredem, quam in fideicommissarium competentibus. Si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariae actiones fideicommissario, et adversus eum competant. Sed etiam id quod praecipuum Pegasiani senatus-consulti fuerat, ut quando recusabat heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hereditatem volenti fideicommissario restituere, et omnes ad eum et contra eum transire actiones, et hoc transponimus ad senatus-consultum Trebellianum, ut ex hoc solo necessitas heredi imponatur, si, ipso nolente adire, fideicommissarius desiderat restitui sibi hereditatem, nullo nec damno, nec commodo apud heredem remanente.***

7. Le stipulazioni che discendevano dal senato-consulto Pegasiano dispiacquero anche agli antichi, e ***Papiniano uomo d'alto ingegno*** **le chiama in certi casi** ***pieni d' inganni,*** **ed essendo che a noi piaccia nelle leggi piuttosto la semplicità che la difficoltà delle cose, perciò dopo aver considerato tanto le somiglianze, quanto le differenze che sono nell' uno, e nell' altro senato-consulto, ci è piaciuto, levando via il senato-consulto Pegasiano, che venne dopo, dare ogni autorità al Trebelliano, e che per suo mezzo si rendano le eredità fedecommessarie; e tanto se l' erede abbia la quarta parte per volontà del testatore, quanto se ne abbia o meno, o in tutto nulla; ma quan-**

---

(1) *Gai. 2*, § *257*. — Modestino intanto pareva esser d'avviso, che in questo caso l' erede facendo volontariamente la restituzione di tutta l' eredità, bisognava applicare il senato-consulto Trebelliano, e trasferire le azioni a favore, o contro del fedecommessario. Ma neppur egli considerava questo avviso come ben sicuro, poichè consigliava immediatamente un altro espediente (*suaserim tamen*... etc.), quello di fare adizione come costretto per comando del pretore (*jussu praetoris*), a fine di trovarsi nella seconda disposizione del senato-consulto Pegasiano. *Dig. 36, 1, 45. Modest.*

(1) *Gai. 2*. § *258*.

do non gli rimanga o nulla, o meno della quarta parte, gli sia lecito per nostra autorità ritenere o la quarta parte, o quel che manca, o *addomandare indietro il pagato, competendo* come pel senato-consulto Trebelliano, le azioni per rata tanto contro l'erede quanto contro il fedecommessario. Se egli di sua volontà poi restituirà tutta l'eredità, tutte le azioni ereditarie competeranno al fedecommessario, e contra lui. Ed anche quel ch'era speciale al senato-consulto Pegasiano, cioè che quando l'erede scritto ricusasse di accettar l'eredità, fosse costretto di render tutta l'eredità al fedecommessario che la voleva, e che le azioni a lui, e contra lui competessero; lo abbiamo trasportato ed applicato al senato-consulto Trebelliano, volendo che l'erede sia per questo solo senato-consulto costretto a restituir tutta l'eredità, se, non volendo egli accettarla, il fedecommessario desideri che gli sia restituita, non rimanendo nè commodo, nè danno alcuno presso l'erede.

La disposizione di Giustiniano in somma ha riunito i due senato-consulti in un solo, lasciando sussistere il nome solamente del primo. Così l'erede avrà il diritto di ritener la quarta; e la trasmissione delle azioni al fedecommessario avrà luogo in tutt'i casi. Adunque per questa nuova legislazione il fedecommessario è sempre considerato come erede (*loco heredis*).

Captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat: Piene d'inganni, perciocchè facevano correre tanto all'erede, quanto al fedecommessario i rischi vicendevoli della loro insolvibilità (p. 441) (1).

Vel repetere solutum. Questa è una nuova disposizione di Giustiniano, poicchè sotto il senato consulto Pegasiano l'erede che avea una volta restituita l'intera eredità senza ritenersi il quarto, non poteva più domandarlo (2).

VIII. *Nihil autem interest utrum aliquis ex asse heres institutus, aut totam hereditatem aut pro parte restituere rogatur, an ex parte heres institutus, aut totam eam partem, aut partis partem restituere rogatur; nam et hoc casu eadem observari praecipimus, quae in totius hereditatis restitutione diximus.*

8. Nulla importa che alcuno istituito erede di tutta l'eredità sia pregato a restituirla tutta, o parte, ovvero istituito erede in parte, sia pregato restituir tutta quella parte, o una porzione della parte: noi vogliamo che in questi casi s'osservi quel medesimo, che detto abbiamo in caso che si renda tutta l'eredita.

IX. *Si quis*, *una* aliqua re deducta sive praecepta quae quartam continet, *veluti fundo, vel alia re, rogatus sit restituere hereditatem, simili modo ex Trebelliano senatus-consulto restitutio fiat perinde ac si* quarta parte retenta rogatus esset reliquam hereditatem restituere. *Sed illud interest, quod altero casu, id est cum deducta, sive praecepta aliqua re, vel pecunia, restituitur hereditas, in solidum ex eo senatus-consulto actiones transferuntur, et res quae remanet apud heredem, sine ullo onere hereditario apud eum remanet, quasi ex legato ei adquisita. Altero vero casu, id est cum quarta parte retenta, rogatus est heres restituere hereditatem, et restituit, scinduntur actiones, et pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommissarium; pro quadrante remanent apud heredem. Quin etiam licet, una re aliqua deducta, aut praecepta, restituere aliquis hereditatem rogatus est, qua maxima pars hereditatis contineatur, aeque in solidum transferuntur actiones, et secum deliberare debet is cui restituitur hereditas, an expediat sibi restitui. Eadem scilicet interveniunt et si duabus pluribusve deductis, praeceptisve rebus restituere hereditatem rogatus sit. Sed et si, certa summa deducta praeceptave, quae quartam, vel etiam maximam partem hereditatis continet, rogatus sit aliquis hereditatem restituere, idem juris est. Quae autem diximus de eo qui ex asse heres institutus est, eadem transferemus et ad eum, qui ex parte heres scriptus est.*

9. Se alcuno sarà stato pregato di restituir tutta l'eredità, *ritenendo, o prelevando qualche cosa, la quale contenga la quarta parte,* come sarebbe un fondo o qualch'altra cosa, similmente si faccia la restituzione per il senatoconsulto Trebelliano, di maniera che sia *come se egli avendosi ritenuto la quarta parte, fosse pregato di restituire il restante dell'eredità*. Ma vi ha questa differenza, che nel primo caso, cioè quando l'erede è autorizzato a ritenere, o prelevare una cosa, o una somma determinata, tutte le azioni si trasferiscono per quel senatoconsulto al fedecommessario, e contro di lui, e quel che resta appresso l'erede rimane senza carico alcuno ereditario, non altrimenti che se l'avesse avuto per conto di legato. E nel secondo caso, cioè quando l'erede è autorizzato a ritenere un quarto dell'eredità che è pregato di restituire, ed infatti la restituisce, le azioni si dividono, e si trasferiscono al fedecommessario per tre parti, e la quarta parte rimane appresso l'erede. Di più quando anche la cosa che l'erede scritto ha avuto facoltà dal testatore di ritenere o prelevare, formasse la maggior parte dell'eredità, le azioni passerebbero in tutto al fedecommessario, e contro di lui ed ei debbe seco deliberare se gli ritorni a proposito la restituzione. Il medesimo avviene se una o più sieno le cose che l'erede ha avuto facoltà di ritenere, o se abbia avuto facoltà di prelevare una determinata somma di danaro, la quale contenga la quarta ovvero la maggior parte dell'eredità che è pregato di restituire. E quel che abbiam detto di colui che è scritto erede in tutta la facoltà, il medesimo intendiamo di colui che è scritto erede in parte.

Aliqua re deducta, sive praecepta quae quartam continet... Quarta parte reten-

(1) Non ci resta alcun frammento di Papiniano che contenga questa qualificazione.

(2) *Paul. Sent.* 4. 3. § 4.

ta, rogatus esset reliquam hereditatem restituere: La quistione esaminata, e risoluta in questo paragrafo appartiene all'epoca in cui i due senato-consulti non erano ancor confusi in uno: essa avea allora maggiore importanza: nondimeno sotto Giustiniano non è intutto senza interesse. Si suppone che il testatore medesimo abbia pregato l'erede di ritener la quarta, o un oggetto equivalente alla quarta, e di restituire il rimanente dell'eredità; intorno a ciò ecco le quistioni che facevansi nell'antico diritto: Si dovrà applicare il senato-consulto Trebelliano, secondo il quale le azioni passano al fedecommessario, o il senato consulto Pegasino, secondo il quale restano in tutto presso l' erede? E si rispondeva: Il senato-consulto Trebelliano. In fatti ritener la quarta per la volontà, e sull'indicazione del medesimo testatore, non è la medesima cosa, che ritenerla in virtù del senato-consulto Pegasiano. Nel primo caso il testatore realmente non ha incaricato l'erede di restituire più de'tre quarti; quindi non si ha bisogno d'invocare il secondo senato-consulto, ma si resta sotto l'impero del primo: e però le azioni si trasferiscono al fedecommessario. Questa prima parte della quistione non ha più luogo sotto Giustiniano. Ma ecco una seconda parte, la quale ha conservato la sua importanza: allorchè l' erede ritiene una cosa determinata equivalente alla quarta, le azioni debbono passare al fedecommessario per i tre quarti solamente, o per l'intero? Si risponde: per l'intero. In fatti l'erede che ha avuto la facoltà di ritenere delle cose determinate è in realtà relativamente a queste cose un legatario particolare non tenuto ai debiti. Egli è dunque importante, dice Marciano, il distinguere se egli fa la ritenuta a titolo di erede, o sopra oggetti particolari: « *Multum interest utrum qua* (quarta) *pars jure hereditario retineatur, an vero in re vel pecunia. Nam superiore casu actiones dividuntur inter heredem, et fideicommissarium: posteriore autem apud fideicommissarium sunt actiones* (1).

Se le cose particolari, che l'erede avea avuto facoltà di ritenere, non valevano il quarto, la quistione sotto l' antico diritto cambiava interamente d'aspetto. Il testatore avea realmente oltrepassato nel fedecommesso i tre quarti dell'eredità; si cadeva dunque nel caso del senato consulto Pegasiano: le azioni restavano tutte all'erede. Ma sotto la legislazione di Giustiniano, secondo la quale le azioni si dividono sempre, o che le cose particolari equivalgano alla quarta parte, o che sieno inferiori, la decisione resta soggetta a'medesimi principii: l' erede non partecipa delle azioni che per la parte che prende a titolo ereditario per compiere la sua quarta (2).

X. *Praeterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum ad quem bona sua vel legitimo jure, vel honorario pertinere intelligit, ut hereditatem suam totam, partemve ejus, aut rem aliquam veluti fundum, hominem, pecuniam alicui restituat: cum alioquin legata, nisi ex testamento, non valeant.*

10. Oltre a ciò quegli che muore intestato può pregar colui al quale egli conosce che appartengono i suoi beni per legittima ragione o per onoraria, che renda a qualche altro tutta la sua eredità, o parte, o qualche cosa d'essa, come sarebbe un fondo, un uomo, o danari, mentre al contrario i legati non valgono, se non per testamento.

I fedecommessi hanno avuto per vera e prima origine la necessità di pregare, di affidarsi alla buona fede, ove non si potea comandare. Rispetto agli eredi *ab intestato* non vi era altro mezzo che questo; poichè non riconoscendo questi eredi il loro titolo dal defunto, costui non poteva impor nulla ad essi. Sicchè non vi ha dubbio niuno che i fedecommessi, anche quando erano obbligatorii, intervenissero così nelle successioni *ab intestato*, come nelle eredità testamentarie. Allorchè sotto Augusto, cominciò ad attribuirsi a cosiffatte preghiere un legame di diritto, non si fece distinzione se fosser dirette all'uno, od all' altro di questi eredi, e noi vediamo positivamente che si può lasciare de' codicilli sia *testato*, sia *ab intestato* (3). Ma i senato consulti Trebelliano, e Pegasiano doveano applicarsi, o nò ai fedecommessi nel caso di eredità *ab intestato*? La quistione fu dibattuta tra i giureconsulti, poichè il testo del senato-consulto Trebelliano supponeva positivamente il caso di testamento (*in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset*) (4); essa fu eziandio discussa da Giuliano al tempo dell'imperatore A-

(1) *D. 36. 1. 30. § 3. f. Marcian.*
(2) *D. 36. 1. 1. § 16. f. Ulp.* (probabilmente interpolato), *Cod. 6. 50. 11. const. Gordian.*
(3) *Gai. 2. § 270.—Ulp. Reg. 25. § 11.—Dig. 29. 7. 16. f. Paul. — Instit. 2. 25. § 1.*
(4) *D. 36. 1. 1. § 2. f. Ulp.* che riporta le parole del senato-consulto.

driano (1); ma il giureconsulto Paolo ci fa sapere, che Antonino Pio estese l'applicazione di questi senato-consulti anche ai fedecommessi *ab intestato* (2).

XI. *Eum quoque cui aliquid restituitur, potest rogare, ut id rursum alii aut totum, aut pro parte, vel etiam aliud restituat.*

11. Può parimente pregar colui al quale sia restituita qualche cosa, che di nuovo restituisca ad un altro tutta, o parte di questa cosa, o anche qualche altra cosa diversa.

Ma il fedecommessario incaricato di restituire alla sua volta ad un altro, non ha il diritto di ritenere una nuova quarta. La Falcidia avea per fine di assicurare al defunto un erede, e non un fedecommessario, che non era necessario per nulla. Tuttavia se l'erede avesse accettato *jussu praetoris*, non volendo usare dei suoi diritti, e restituendo tutta l'eredità al fedecommessario, questi avrebbe avuto il diritto di ritener la Falcidia, come avrebbe potuto farlo lo stesso erede, e quasi in suo nome (3).

XII. *Et quia prima fidei commissorum cunabula a fide heredum pendent, et tam nomen, quam substantiam acceperunt, ideo divus Augustus ad necessitatem juris ea detraxit, nuper et nos eumdem principem superare contendentes ex facto quod Tribonianus vir excelsus, quaestor sacri palatii, suggessit, constitutionem fecimus per quam disposuimus; si testator fidei heredis sui commisit, ut vel hereditatem, vel speciale fideicommissum restituat, et neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, possit res manifestari, sed vel pauciores quam quinque, vel nemo penitus testis intervenerit; tunc sive pater heredis, sive alius quicunque sit, qui fidem heredis elegerit, et ab eo restitui aliquid voluerit, si heres perfidia tentus adimplere fidem recusat, negando rem ita esse subsecutam, si fideicommissarius jusjurandum ei detulerit, cum prius ipse* de calumnia juravit, *necesse eum habere vel jusjurandum subire, quod nihil tale a testatore audiverit, vel recusantem ad fideicommissi vel universitatis, vel specialis solutionem coarctari, ne depereat ultima voluntas testatoris fidei heredis commissa. Eadem observari censuimus etsi a legatario vel fideicommissario aliquid similiter relictum sit. Quod si is, a quo relictum dicitur, postquam negaverit, confiteatur quidem aliquid a se relictum esse, sed ad legis subtilitatem decurrat, omnimodo cogendus est solvere.*

12. E perchè i fedecommessi cominciando dai loro principî, pendono dalla fede degli eredi, donde riceverono tanto il nome quanto la sostanza dell'esser loro, perciò il divino Augusto li ridusse a necessità di diritto, e noi ingegnandoci di avanzar il sudetto principe, sulla questione che Triboniano uomo eccellentissimo, e questore del sacro palazzo ne propose, facemmo una costituzione per la quale disponemmo che, se il testatore commise alla fede dell'erede di restituire l'eredità, o qualche speziale fedecommesso, e questa disposizione non si possa provare nè per scrittura, nè per il numero di cinque testimoni (il qual numero è legittimo ne' fedecommessi), ma vi sia o meno di cinque testimoni, o nessuno: in questo caso, sia colui che lasciò il fedecommesso o padre dell' erede o qualunque altra persona, sè l'erede per perfidia d'animo ricusa adempiere quel che alla sua fede è stato affidato, dicendo che non sia stato lasciato nulla, sia lecito al fedecommessario astringer l' erede a giurare ch'egli non abbia udito nulla di cosiffatto dal testatore; avendo però egli prima giurato *intorno alla sua buona fede*. E ricusando quegli di giurare sia costretto a pagare il fedecommesso o speciale o universale che sia, acciò non perisca l' ultima volontà del testatore commessa alla fede dell' erede. Il medesimo abbiamo giudicato che si debba osservare, se simigliantemente sarà stata lasciata qualche cosa a carico del legatario, o del fedecommessario. Ma se colui che dee pagare il fedecommesso confesserà essersi lasciato il fedecommesso a suo carico, dopochè lo avrà negato, e ricorra alla sottigliezza del diritto, si dee in ogni modo costringere a pagare il fedecommesso.

L'istituzione d'erede riceve l'esser suo non solamente dalla volontà dal testatore, ma ancora dalla forma; dunque sarebbe inutile il provar questa volontà, quando mancasse la debita forma; imperocchè senza la forma non v'è istituzione. Il medesimo era, prima di Giustiniano, relativamente a'legati. Ma rispetto ai fedecommessi, questi hanno il loro essere dalla sola volontà del defunto; le formalità son richieste solamente per la prova; se queste formalità mancano, la pruova potrà esser fatta per via di giuramento. E lo stesso si osserva eziandio pei legati, dappoichè queste due spezie di disposizioni sono da Giustiniano assomigliate l'una all'altra.

TITULUS XXIV.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

Potest autem quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere, veluti fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, pecuniam numeratam; et vel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis a legatario legari non possit.

(1) *D. 36, 6, § 1, Ulp.* che indica chiaramente la ragione del dubbio: « *Meminisse autem oportebit de herede instituto senatum loqui; ideoque tractatum est apud Julianum* . . . etc. »

(2) *D. 35, 2, 18, f. Paul.*

(3) *D. 36, 1, 63, § 11, f. Gai.*

TITOLO XXIV.

DELLE COSE PARTICOLARI LASCIATE PER FEDECOMMESSO.

Può eziandio alcuno lasciar per fedecommesso cose particolari, come sarebbe o fondo, o uomo, o veste, o oro, o argento, o danaro, e pregar l'erede che le restituisca a qualcun altro, ovvero pregarne il legatario, quantunque non possano farsi legati a carico del legatario.

1. ***Potest autem non solum proprias res testator per fideicommissum relinquere, sed heredis aut legatarii, aut fideicommissarii, aut*** **cujuslibet alterius.** ***Itaque et legatarius, et fideicommissarius non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat quae ei relicta sit; sed etiam de alia sive ipsius, sive aliena sit. Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere*** **, quam ipse ex testamento ceperit;** ***nam quod amplius est inutiliter relinquitur. Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei qui rogatus est aut ipsam redimere, et praestare,*** **aut aestimationem ejus solvere.**

1. Ed il testatore può lasciar per fedecommesso non solamente le cose sue proprie, ma anche quelle dell'erede, o del legatario, o del fedecommessario, o ***di qualunque altra persona;*** **laonde il legatario ed il fedecommessario non solamente può esser pregato che restituisca quella tal cosa, che gli è stata lasciata, ma eziandio qualche altra cosa o sia sua, ovvero d'altrui. Questo solamente si dee osservare, che non si preghi alcuno a restituir** ***più di quello ch'egli abbia ricevuto dal testatore*****, poichè quel che è di più nel fedecommesso inutilmente si lascia. Ma quando si lascia la cosa d'altri per fedecommesso, colui che è pregato dee o riscuoterla e darla,** ***o pagarne la valuta.***

Aut cujuslibet alterius: Il fedecommesso avea relativamente agli oggetti che potea comprendere, la medesima latitudine che il legato *per damnationem* (1).

Ne plus quam ipse ex testamento ceperit: Questa regola era un principio generale comune ugualmente all'erede, rispetto ai legati di cui poteva essere incaricato: «*Neminem oportere plus legati nomine praestare, quam ad eum ex hereditate pervenit*» (2). Non pertanto essa non riceve la sua applicazione, se non quando si faccia il paragone tra due quantità (*si quantitas cum quantitate conferatur*). Così, per esempio, se il legatario, o fedecommessario, il quale ha ricevuto una somma di denaro, è stato incaricato di dare ad un altro la tal casa, o di dare la libertà al tale schiavo appartenente ad altri, e di questa casa, o di questo schiavo si domandi un prezzo superiore alla somma ch'egli ha ricevuta, non sarà obbligato di comperarli. Ma per contrario se si tratta d'una casa, o d'uno schiavo appartenenti a lui, egli dovrà obbedire al fedecommesso, senza poter allegare, che il loro valore è al di sopra di ciò che ha ricevuto, perciocchè dal momento che ha accettato il legato, si reputa aver egli medesimo fatto il paragone, ed essersi assoggettato al carico impostogli (3).

Aut aestimationem ejus solvere. Alcuni giureconsulti del tempo di Gaio pensavano che sotto questo riguardo non era del fedecommesso come del legato; secondo costoro, se il proprietario della cosa ricusava di venderla, il fedecommesso si estingueva, senza che colui il quale n'era stato incaricato fosse tenuto di pagarne la valuta. Questa opinione non può più essere ammessa sotto Giustiniano (4).

II. ***Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut heres eum rogetur manumittere, vel legatarius, vel fideicommissarius. Nec interest utrum de suo proprio servo testator roget, an de eo qui ipsius heredis, aut legatarii, vel etiam extranei sit. Itaque et alienus servus redimi, et manumitti debet. Quod si dominus eum non vendat,*** **si modo nihil ex judicio ejus, qui reliquit libertatem, recepit: non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur;** ***quia possit tempore procedente, ubicumque occasio servi redimendi fuerit, praestari libertas. Qui autem ex causa fideicommissi manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus sit, sed ejus qui manumittit. At is qui directo testamento liber esse jubetur, ipsius testatoris libertus fit, qui etiam*** **Orcinus** ***appellatur. Nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest, quam qui utroque tempore testatoris fuerit, et quo faceret testamentum, et quo moreretur. Directa autem libertas tunc dari videtur, cum non ab alio servum manumitti rogat, sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult.***

2. Si può parimente dar la libertà allo schiavo per fedecommesso pregando l'erede o il legatario, o il fedecommessario, che lo faccia libero; e non importa che sia pel suo proprio schiavo, o di altro che sia dell'erede, del legatario, o eziandio d'un estraneo. Laonde anche l'altrui schiavo debbesi riscuotere e far libero. Ma se il suo signore non lo voglia vendere ***(supponendo però ch'egli non abbia ricevuto nulla dalle ultime disposizioni del defunto)*****, il fedecommesso della libertà** ***non è estinto, ma solamente differito*****, fino a tanto che venendo col tempo l'occasione di comprar lo schiavo, se gli possa dar la libertà. E colui che è liberato per via del fedecommesso divien liberto non del testa-**

(1) *Ulp. Reg. 25, § 5.*
(2) *D. 36, 1, 1, § 17, f. Ulp. — 40, 5, 24. § 13. f. Ulp.*
(3) *D. 31, 70, §§ 1, f. Papin. — 40, 5, 24 §§ 12 e seg. f. Ulp.*
(4) *Gai 2, § 262.*

tore, quantunque fosse suo schiavo, ma di colui che gli dà la libertà. Ma colui che direttamente è fatto libero per testamento, è liberto del testatore, ed è eziandio chiamato *Orcino*. Nè alcun altro può aver direttamente la libertà per testamento, se non chi nell'uno, e nell'altro tempo sarà stato in potestà del testatore, cioè nel tempo ch'egli fece il testamento, e nel tempo ch' egli si morì. Ed allora pare che si dia direttamente la libertà, quando egli non prega che gli sia data la libertà da un altro, ma vuol ch' egli l' abbia per forza medesima del testamento.

Ecco un caso in cui, non ostante l'assomigliamento fatto da Giustiniano tra i legati, ed i fedecommessi, la distinzione continua a sussistere: imperocchè son differenti le condizioni, e gli effetti tra il caso della liberazione diretta, e quello della libertà lasciata per fedecommesso. Noi abbiamo già esposta questa materia (p. 100), alla quale il Digesto consacra un titolo speciale (1).

Si modo nihil ex judicio ejus qui reliquit libertatem, recepit: dappoichè accettando quel che gli fosse stato lasciato, egli avrebbe contratto l' obbligazione di non mettere ostacolo all'esecuzione della volontà del defunto (2).

Non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur. Questa decisione è tolta quasi con le medesime parole da un rescritto dell'imperadore Alessandro, che si trova nel codice di Giustiniano (3). Quegli che è incaricato del fedecommesso della libertà, non può dare allo schiavo in cambio della libertà la sua valuta; poichè non è possibile alcun compensamento pecuniario: sarà dunque forza che si contenti di attendere una migliore occasione di comprarlo, e farlo libero. Noi vediamo da'frammenti di Ulpiano, e dalle Istituta di Gaio, che l'opinione di questi giureconsulti anteriore per altro al rescritto di Alessandro, era che il fedecommesso della libertà si estingueva pel rifiuto, che faceva il padrone, di vendere il suo schiavo ad un giusto prezzo (4). Ma Giustiniano non ha ricevuta questa opinione in niuna parte delle sue raccolte, ed in cambio di seguire quì le istituta di Gaio, vi ha sostituito il rescritto di Alessandro.

Orcinus: da *Orcus*, inferno, il luogo dove vanno i morti. Se il testatore abbia dato direttamente la libertà ad uno schiavo, il quale non possa altrimenti esser fatto libero, che per fedecommesso, la disposizione nulla come liberazione diretta, varrà nondimeno come fedecommesso.

III. *Verba autem fideicommissorum haec maxime in usu habentur: PETO, ROGO, VOLO (MANDO), FIDEI TUAE COMMITTO. Quae perinde singula firma sunt, atque si omnia in unum congesta essent.*

3. Le parole de' fedecommessi che sono in uso più delle altre son queste: CHIEGGO, PREGO, VOGLIO (IMPONGO), COMMETTO ALLA TUA FEDE, le quali, ciascuna per se è tanto ferma, quanto se fosser messe tutte insieme.

Si vegga su queste diverse frasi quel che di già ne abbiamo detto (pag. 419).

TITULUS XXV. DE CODICILLIS.

Ante Augusti tempora constat codicillorum jus in usu non fuisse; sed primus Lucius Lentulus, ex cujus persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid. Et cum divus Augustus voluntatem ejus implesset, deinceps reliqui ejus auctoritatem secuti fideicommissa praestabant; et filia Lentuli legata quae jure non debebat solvit. Dicitur autem Augustus convocasse sapientes viros, inter quos Trebatium quoque; cujus tunc auctoritas maxima erat, et quaesisse an posset hoc recipi, nec absonans a juris ratione codicillorum usus esset; et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas, et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quae tempora cum et Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat quin codicilli jure optimo admitterentur.

TITOLO XXV. DE' CODICILLI (5).

È manifesto che innanzi a' tempi di Augusto il diritto de' codicilli non era in uso, ma il primo che introdusse i codicilli fu Lucio Lentulo (6), dal quale anco i fedecommessi cominciarono ad aver principio. Perciocchè morendo egli in Africa scrisse i codicilli confermati dal testamento, co' quali addomandò ad Augusto per fedecommesso ch' egli facesse certe cose. Ed avendo il divino Augusto a-

(1) FONTI: *Gaio 2, §§ 263, e seg.* — *Ulp. Reg. 2, §§ 7, e seg.; e 25, § 18.* — Paul. Sent. 4, 13, *de fideicommissis libertatibus.* — D. 40, 5, *de fideicommissariis libertatibus.* — Cod. 7, 4, *de fideicommissariis libertatibus.*

(2) *Cod. 7, 4, 6, const. Alex.* (3) Ivi.

(4) *Ulp. Reg. 2, § 11, Gai. 2, § 265.*

(5) FONTI. Avanti Giustiniano: *Gai. 2, §§ 270, e 273.* — *Ulp. Reg. 25, § 14* — *Paul. Sent. 3, 6, § 92, e 4, 1, § 10.* — Cod. Hermog. tit. *De donationibus* f. 3. — Cod. Theod. 4, 4. *De testamentis et codicillis* — Sotto Giustiniano *Dig. 29, 7, De jure codicillorum.* — Cod. 6, 36. *De codicillis.* — Dopo Giustiniano: Basiliche lib. 36. περὶ κωδικέλλων (dei codicilli).

(6) Che fu console l'anno di R. 731.

dempito la sua volontà, da indi in poi tutti gli altri seguirono l'autorità d'Augusto, ed eseguirono i fedecommessi, e la figliuola di Lentulo pagò i legati ch' ella di ragione non aveva a pagare. E si dice che Augusto fece chiamare a se gli uomini savi, tra i quali eziandio Trebazio, l'autorità del quale era grandissima in quei tempi, e che addomandò loro se questo fosse da essere ammesso, e se l'uso de' codicilli non fosse discordante dalla ragione del diritto; e che Trebazio persuase Augusto, dicendo che questa cosa era utilissima, e necessaria a' cittadini per i grandi, e lunghi viaggi che allora si facevano, durante i quali se alcuno non poteva far testamento, poteva nondimeno scrivere i codicilli. Dopo i quali tempi avendo Labeone fatto codicilli, non fu più dubbioso ad alcuno, che i codicilli non fossero perfettamente ammessi in diritto.

Tra *codex*, e *codicillus* passa la medesima relazione che tra tavola, e tavoletta: l'uno è il diminutivo dell'altro. Noi intendiamo da Cicerone, e Seneca (1), che sotto il nome di codicilli venivano indicate delle tavolette, o piccole tavole destinate ad un uso giornaliero, come a raccogliere delle annotazioni, a scrivere agli amici, a'vicini; mentre per gli atti più importanti si riserbavano le tavole (*tabulae*, *lignum*, *codex*, *chartae*), poichè queste offrivano più spazio, o maggiore solennità, ovvero promettevano più lunga durata. Innanzi a tutti questi atti più importanti erano senza dubbio i testamenti.

Da ciò si comprende come il cittadino oltre il suo testamento, per evitare di rifarlo, o nell' impossibilità di adempire le solennità di tale atto, dirigeva al suo erede o legatario queste tavolette senza forma pubblica, questi codicilli, spezie di privata corrispondenza, per pregarlo di tale o tal altra disposizione, che desiderava fosse eseguita dopo la sua morte. E da che il testamento chiamavasi semplicemente *tabulae*, *lignum*, *codex*, venne l'uso di nominar *codicilli* questi atti accessorî, che commettevano alla fede dell'erede o del legatario qualche volontà del testatore.

I codicilli sono intimamente legati a'fedecommessi; sono due idee correlative: l'uno è la disposizione, e l' altro è l'atto che la contiene. In fatti notate, che nell'uso primitivo de'codicilli ogni disposizione fatta in questa forma non poteva esser altro che un fedecommesso; imperocchè il diritto civile, sì per le istituzioni d'erede, e sì pe'legati non riconosceva altra forma che quella del testamento. E così vediamo che i codicilli indirizzati il più delle volte in forma di lettere sono chiamati in qualche parte *epistola fideicommissaria* (2). E nel tempo (sotto Augusto) che l'uso de'codicilli da gran tempo introdotto vien confermato, in quel medesimo tempo i fedecommessi ricevono dalla pubblica autorità la loro sanzione. Il testo ci fa abbastanza conoscere la storia di cosiffatta conferma ed approvazione.

L'introduzione de'codicilli fu di grandissima utilità, e si può anche dire che era indispensabilmente necessaria in una legislazione come la romana. Infatti, secondo il principio, che non vi può esser pel medesimo cittadino che un solo testamento, fatto che era una volta il testamento, era impossibile pel testatore di aggiungnervi alcuna nuova disposizione. Poco importava se egli avesse voluto lasciar la libertà ad uno schiavo, rimeritare il tal servigio rendutogli dipoi, o dare qualche soldo d'oro: fosse quanto si voglia di poco momento la disposizione, era necessario rifare il testamento ogni volta. I codicilli fornirono il mezzo di soddisfare a queste disposizioni accessorie con minori formalità, e senza toccare il testamento, o anche senza farne niuno. Questa è l'indole particolare di siffatta istituzione.

I codicilli possono o esser fatti *ab intestato*, o connettersi ad un testamento (3).

Nel primo caso i codicilli stanno da se medesimi; e non hanno altra cagione di validità, o di nullità, se non quella che in essi medesimi si può incontrare (*nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent*) (4). Del resto essi non contengono altro che fedecommessi; perciocchè, secondo il diritto civile, non si può imporre o comandar nulla agli eredi *ab intestato*, non si può mettere a loro carico verun legato (5). Ma cotali fedecommessi possono abbracciare o tutta quanta l'eredità, o una quota (pag. 465 § 10), o delle cose particolari (6).

Nel secondo caso, cioè quando vi è un

(1) *Cicer. Ep. ad Famil. IV. 12, e VI. 18. — Seneca Ep. 55, in fin.*

(2) *D. 32. 3.º 37, § 3; e 31 2.º 89 pr. f. Scaev.*

(3) *D. 29, 7, 8, pr. f. Paul.*

(4) *Ivi 16 f. Paul. in fin.*

(5) Per questo in un frammento del Codice Ermogeniano tratto dalla *Consultatio veter. Juriscons.*, leggiamo questa costituzione degl'imperadori Diocleziano, e Massimiliano: « *Codicillis autem sine testamento legatum nec adimi, nec dari potest* ». Gai. 2, § 270.

(6) *Ulp. Reg. 25, § 11. — D. 29, 7, 3, pr. f. Julian.; e 8, § 1, f. Paul.*

testamento anteriore, o posteriore, i codicilli si connettono a questo testamento, come accessorii, e si reputa che ne facciano parte, per modo che tutto quello che in essi è contenuto si ha come scritto nel testamento (*ut quaecumque in his scriberentur perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent*), e per conseguenza è da aversi riguardo al tempo della formazione del testamento per giudicare eziandio del valore delle disposizioni che in essi son contenute (1). Essi seguono la sorte del testamento, sussistono o vengono meno con esso (*jus sequuntur ejus, vires ex eo capiunt*) (2). Quanto alla natura delle disposizioni, che possono contenere, si vuol distinguere se sono o nò confermati dal testamento.

I. *Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed intestato quis decedens fideicommittere codicillis potest. Sed ante testamentum codicilli cum facti erant, Papinianus ait non aliter vires habere, quam* si speciali postea voluntate confirmentur. *Sed divi Severus et Antoninus rescripserunt ex iis codicillis, qui testamentum praecedunt,* posse fideicommissum peti, *si apparet eum qui postea testamentum fecit a voluntate, quam codicillis expresserat*, non recessisse.

1. Non solo dopo fatto il testamento può alcuno far i suoi codicilli, ma morendo intestato può fedecommettere per via di codicilli. Però essendo fatti i codicilli innanzi al testamento, Papiniano disse che essi non aveano altrimenti vigore, *se non fossero stati da poi specialmente* nel testamento confermati. Ma i divini Severo, ed Antonino rescrissero, *che si può domandare il fedecommesso* per vigor di quei codicilli, i quali sono stati fatti innanzi al testamento, se apparisce che colui che fece il testamento *non si sia partito* da quella volontà, che avea espressa ne' codicilli.

Si speciali postea voluntate confirmentur. I codicilli possono esser confermati o *in futurum*, o *in praeteritum* (3). *In futurum*, allorchè il testatore nel testamento medesimo esprime la volontà che siano osservati i codicilli, che egli per avventura scrivesse di poi; *in praeteritum*, allorchè nel suo testamento conferma i codicilli già innanzi fatti. La sua confermazione potrebbe in un tempo medesimo estendersi agli uni ed agli altri, come sarebbe, secondo la decisione di Celso, quella che fosse espressa con queste parole: « *Si quid tabulis, aliove quo genere ad hoc testamentum pertinens reliquero, ita valere volo* (4) ». I codicilli confermati possono contenere non solamente de' fedecommessi, come nella loro prima origine, ed innanzi che ottenessero la pubblica approvazione, ma eziandio de' legati, delle rivocazioni di legati, delle liberazioni dirette di schiavi, delle nomine di tutori (5). Quanto ai codicilli non confermati, le loro disposizioni non valgono se non come fedecommessi (6). Papiniano pensava eziandio, che se erano anteriori al testamento, la formazione del testamento senza confermazione li rendesse nulli. Ma noi vediamo dal testo che un rescritto degl'imperadori Severo, ed Antonino ha diversamente deciso. Tuttavia sarà necessario che apparisca per qualche indizio, che il testatore abbia conservata la stessa volontà, e che la sua intenzione, facendo il testamento, non sia stata di annullarli (*si voluntas eorum quocumque indicio retineatur*) (7). Del rimanente sotto Giustiniano, tranne il caso di liberazione di schiavi, e di nomina di tutori, non vi è più interesse a ricercare se la disposizione debba valere come legato, o come fedecommesso, essendo uguale il diritto sì per l'uno come per l'altro.

II. *Codicillis autem hereditas neque dari, neque adimi potest, ne confundatur jus testamentorum, et codicillorum, et ideo nec exheredatio scribi. Directo autem hereditas codicillis neque dari, neque adimi potest, nam per fideicommissum hereditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem heredi instituto codicillis adjicere, neque substituere directo potest.*

2. L' eredità non si può nè torre, nè dare per codicilli, per non confondere la ragion de' codicilli, e dei testamenti, nè si può in essi diseredare alcuno. L' eredità non si può nè torre, nè dare direttamente per codicilli, ma si può bene lasciarla in essi per fedecommesso. E non può alcuno direttamente aggiugner condizione all'erede istituito, o sostituire per via di codicilli.

L'istituzione di erede, l'indicazione di colui che prenderà in se la persona giuridica del defunto, e la continuerà non può mai altrimenti esser fatta che per testamento. Il medesimo si dee dire per la

(1) *D. 29, 7, 2, § 2, f. Julian.; e 14, f. Scaev.* Noi vediamo da questo frammento, che siffatto principio era stato l'oggetto di controversie tra i Sabiniani, ed i Proculiani.
(2) *Ivi 3, § 2, f. Julian. — 16, f. Paul.*
(3) *D. 29, 7, 8, pr. f. Paul.*
(4) *Ivi 18, f. Cels. — D. 40, 5, 56, f. Marcel.* « — Si quos codicillos reliquero, valere volo ».
(5) *Paul. Sent. 3, 6, § 92. — D. 40, 4, 43, f. Modest. — 26, 2, 3, pr. f. Ulp.*
(6) *Paul. Sent. 4, 1, § 10, — Gai. 2, § 273.*
(7) *D. 29, 7, 5, f. Ulp.*

rivocazione di questa istituzione; per la condizione, che vi si volesse aggiugnere, il che comprenderebbe nel tempo medesimo rivocazione per un caso, ed istituzione per l'altro; ed in fine per la sostituzione, la quale è una specie d'istituzione. Ma il fedecommesso d'una quota, od anche di tutta l'eredità potrà aver luogo per codicillo (1), e noi sappiamo che sotto Giustiniano il fedecommessario sarà sempre *loco hæredis*. Del diritto civile non rimane, per così dire, che lo spettro.

III. ***Codicillos autem etiam plures quis facere potest, et nullam solemnitatem ordinationes desiderant.***

3. Può alcuno fare *più codicilli, e non si ricerca nel farli alcuna solennità di forma.*

Etiam plures: Perciocchè i codicilli non contengono che legati, e fedecommessi; or il numero de' legati, e de' fedecommessi, che alcuno può fare, non è limitato; l'uno non distrugge l'altro, salvo che il testatore non abbia voluto così. Ciascun codicillo adunque non rivoca ne' precedenti se non quello che il testatore espressamente ha dichiarato voler rivocare, o quel che è inconciliabile con le nuove disposizioni (2). Per contrario il testamento contiene l'istituzione di erede, e questa istituzione abbraccia necessariamente tutta l'eredità, e però non vi possono esser due testamenti, ma l'uno sempre distrugge l'altro.

Nullam solemnitatem ordinationis desiderant. I codicilli nella loro origine non eran soggetti ad alcuna determinata forma. Essi erano delle tavolette, delle corrispondenze private. Più tardi si stabiliron delle regole per la forma di tali atti. Noi troviamo nel codice Teodosiano una costituzione degl'imperadori Costantino, e Costante (anno 326 di G. C.), la quale richiede l'intervenimento di sette, o di cinque testimoni pe' codicilli che non son preceduti da un testamento (3). Giustiniano finalmente richiede che per ogni frase di ultima volontà, eccetto il testamento, debbano intervenir cinque testimoni. Del resto la volontà può esser dichiarata in loro presenza sia per iscritto, sia semplicemente a voce (4). E cosiffatte forme non sono delle solennità, non danno l'essere all'atto, ma son richieste unicamente per la pruova, poichè, se mancano, abbiam veduto che si può deferire il giuramento (pag. 466).

Se il testatore ha voluto fare un testamento, ma l'atto sia nullo come tale, o perchè le formalità non sieno state tutte osservate e compiute, o perchè l'istituzione d'erede che costituisce l'essenza del testamento non sia valida, o venga a mancare, l'atto nullo come testamento, potrà almeno valere come codicillo? Esso non varrà come tale, se non quando il testatore espressamente l'abbia ordinato. Per esempio con queste parole riportate da Paolo: « *Hoc testamentum volo esse ratum quacumque ratione poterit* (5) » o con queste: « *Ea omnia fieri volo etiam jure ab intestato* (6); » *volo hoc etiam vice codicillorum valere* (7) »; « *pro codicillis etiam et valere* »; « *ut vice etiam codicillorum scriptura debeat obtinere* (8) », o con qualsivoglia altra locuzione. Questa clausola non è mai sottointesa (9), salvochè ne' testamenti de' soldati (10). I comentatori la han chiamata clausola codicillare (*clausula codicillaris*), questo nome però non appartiene al diritto romano. Ma s'intende bene che se la nullità proviene da un difetto di capacità del testatore, essa colpisce l'atto sì come testamento, che come codicillo (11).

Dell' apertura e della conservazione dei testamenti (12).

Il testamento è un titolo che crea e modifica de' diritti così diversi e gravi, che la sua apertura, il suo esame, la sua con-

(1) *Gai.* 2, § 273. *D.* 29, 7, 2, § 4, *f. Julian. e* 6, *pr. f. Marcian.*

(2) *Cod.* 6, 36, 3, *const. Dioclet. e Maxim.*

(3) «*In codicillis, quos testamentum non praecedit, sicut in voluntatibus testamenti septem testium vel quinque interventum non deesse oportet... Si quando igitur testium numerus defecerit, instrumentum codicilli habeatur infirmum* ». *C. Theod.* 4, 4, 1.

(4) *C.* 6, 36, 8, § 3. Ved. anche *C.* 1, 3. 13. *e D.* 42, 1, 5, § 1.

(5) *D.* 28, 1, 29, *f. Paul.*

(6) *D.* 5, 2, 13, *f. Scaev.*

(7) *D.* 29, 1, 3, *f. Ulp.*

(8) *C.* 6, 36, 8, *pr. e* § 1, *const. Theod.*

(9) *D.* 28, 6, 41, § 3, *f. Papin.* — 29, 7, 1, *f. Ulpian.*

(10) *D.* 29, 1, 3, *const, Ulp.*

(11) *D.* 5, 2, 13, *f. Scaev.*

(12) Fonti: Avanti Giustiniano Paul., Sent. 4, 6, *de vicesima.* — C. Theod. 4, 4, — Sotto Giustin., D. 29, 3. *Testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur et describantur*; C. 6, 30. *Quemadmodum testamenta aperiantur, inspiciantur, et describantur.* — Dopo Giustiniano, Basiliche 36, 6, περὶ διαθηκῶν ποίῳ τρόπῳ ἀνοίγονται, καὶ μεταγράφονται. (*De' testamenti come sono aperti, e trascritti*).

servazione è importante per molte persone interessate, ed è considerata da' romani quasi come una faccenda pubblica. In fatti niuna privata transazione, niuna controversia giudiziaria nascente dal testamento può esser conchiusa, o giudicata senza esaminare e conoscere i suoi precisi termini (1). E però il pretore avea con un editto regolata questa materia; noi troviamo un titolo nel Digesto, ed un altro nel Codice di Giustiniano che vi sono spezialmente consacrati; in fine Paolo nelle sue sentenze ci ha trasmesso intorno a tale argomento delle curiose particolarità.

§ 1° « In Roma, egli dice, l'apertura del testamento si fa con l'assistenza di tutti, o della maggior parte de' testimoni, che vi hanno apposti i loro suggelli; riconosciuti i suggelli si rompe il filo, si legge il testamento, e se ne fa una copia (*describendi exempli potestas*); dipoi vien bollato con pubblica impronta e depositato negli archivî, affinchè, se perisca la copia, se ne possano sempre far delle nuove (2) ».

§ 2. « I testamenti fatti ne' *municipî*, nelle colonie, negli *oppida*, nelle prefetture, ne' *vichi*, nei *castella*, ne' conciliaboli, debbono esser letti nel Foro, o nella Basilica in presenza de' testimoni, o di onorevoli persone tra la seconda e la decima ora del giorno, di poi, estrattane una copia, il testamento sarà nuovamente suggellato da' magistrati, in presenza de' quali l'apertura si è fatta ».

§ 3° « Il voto della legge è che il testamento si apra subito dopo la morte del testatore; e però, quantunque i rescritti abbiano variato a tal riguardo, l'apertura debbe aver luogo, se le persone son presenti, fra il terzo o il quinto giorno dalla morte, ovvero se sono assenti, nello stesso termine dopo il ritorno; in fatti è importante che gli eredi, i legatarî, gli schiavi francati soffrano il minore indugio che sia possibile (3).

È ufficio del pretore il costringere coloro che hanno apposto i loro suggelli a comparire alla convocazione, affinchè verifichino i loro suggelli, o neghino di aver segnato il testamento (4). È sufficiente che intervenga la maggioranza di essi. Se tutti siano assenti, ed intanto vi sia dell'urgenza, il magistrato dovrà fare l'apertura in presenza di persone della più onorevole riputazione; dopo che il testamento è stato riconosciuto, e se n'è fatta copia, è suggellato da quelli che hanno assistito all' apertura, ed inviato al luogo ove si trovano i testimoni assenti per la verificazione de' loro suggelli; dappoicchè non si obbliga il testimone assente a ritornare per l'apertura, ma si spedisce il testamento nel luogo dov'egli si trova (5).

Se vi ha dubbio intorno alla morte del testatore, il pretore dee decidere con cognizione di causa, e non permettere l'apertura del testamento; quando l'esistenza del testatore sia verificata (6).

La disposizione dell'editto è generale; il pretore promette la facoltà di esaminare (*inspiciendi*) il testamento, o anche di prenderne copia (*describendi*) (7) a tutti coloro che lo richieggano, tanto in loro nome, quanto in nome altrui. Nondimeno vi sono alcune disposizioni, le quali non sono aperte, o delle quali non è lecito prender conoscenza nè copia; come son quelle che il testatore ha voluto che non sieno aperte se non in un determinato tempo, o sotto una determinata condizione; le sostituzioni pupillari, quando sono state particolarmente suggellate; o quelle parti del testamento che tendono a gittar dell'ignominia sopra qualcuno; ed infine l'indicazione del giorno o del console, per timore di falsificazione (8).

Se colui che ha le tavole del testamento, ricusi di produrle fuori, vi sarà costretto; se egli nega di averle, il pretore darà contro di lui un interdetto speciale, *de tabulis exhibendis* (9). Quanto all' erede il quale pretende in questa qualità che le tavole del testamento appartengano a lui, come cosa dell'eredità, egli ha per ricuperarle la *vindicatio*; e per giungere a questa rivendicazione, l'azione *ad exhibendum*, la quale non si dee confondere coll'interdetto, che precede (10).

La legge Papia Poppaea per uno scopo di fiscalità, e per aumentare la possibilità di caducità, avea dato anche maggiore importanza a questa solennità dell' apertura del testamento. Così quanto alle eredità, avea vietato che si facesse l' adizio-

(1) *D. 29, 3, 1, § 1, f. Gai.*
(2) *D. 29, 3, 1, § 1, f. Gai: — Ivi pr.*
(3) *Paul. Sent. 4, 6.*
(4) *Dig. 29, 3, 4, f. Ulp., e 5, Paul.*
(5) *D. 29, 3, 7, f. Gaio.*
(6) *Ivi 1, pr. f. Gai.* (7) *D. 29, 3, 8, f. Ulp.*
(8) *Ivi 2, § 6, Ulp. — Cod. 6, 32, 3, const. Diocl. e Maxim.*
(9) *D. 29, 3, 2, § 8, f. Ulp.—D. 43, 5*, segnatamente il framm. 1. che contiene i termini di questo interdetto.
(10) *D. 29, 3, 3, f. Gai.—10, 4, 3, § 8 f. Ulp.*

ne innanzi che l'apertura delle tavole fosse fatta (*ante apertas tabulas*) (1). Nondimeno pare che facesse eccezione rispetto all'erede *ex asse* cioè all'erede dell' intero (2). In fatti la mancanza d'un tale erede non avrebbe dato luogo ad una caducità profittevole, ma facendo cadere tutto il testamento, avrebbe semplicemente aperta la successione *ab intestato*: ciò non entrava nello scopo della legge Papia. Quanto a' legati, essa avea differito fino all'apertura delle tavole l' epoca del *dies cedit* (3), come quì sopra abbiam detto (pag. 421). Giustiniano intorno ad amendue questi punti fa ritorno al diritto primitivo. L' erede potrà fare l' adizione anche innanzi che siano aperte le tavole, purchè abbia piena cognizione del suo diritto (V. quì sopra p. 405); ed il *dies cedit* pei legati avrà luogo, come per addietro, alla morte del testatore, se si tratti di disposizioni pure e semplici (4).

Una costituzione di Teodosio, e di Valentiniano avea maggiormente accresciuta l' importanza di cosiffatta apertura del testamento, stabilendo che, se un discendente istituito da un ascendente, o da una ascendente qualunque morisse prima di tale apertura, avendo avuto, o non avuto notizia della sua istituzione, trasmetterebbe a suoi proprii figliuoli i suoi diritti di eredità (5). Di ciò avremo a ragionare fra poco trattando di questa trasmissione.

Azioni relative ai legati ed ai fedecommessi.

Pei legati noi abbiamo spiegato abbastanza, come nell'antico diritto romano la formola adoperata per costituire il legato ne determinava la natura, e gli effetti, e per conseguenza anche l'azione conferita al legatario: l'azione reale, *rei vindicatio* pel legato *per vindicationem*; l'azione personale *condictio*, pel legato *per damnationem*, o *sinendi modo*, e l'azione *familiae erciscundae* pel legato *per praeceptionem* (pag. 417).

Similmente abbiam veduto aver Giustiniano deciso, che tutti i legati avrebbero una sola, e medesima natura, e che tutti i legatarii, qualunque fossero le parole della disposizione, avrebbero tre azioni per esercitare i loro diritti:

1. L' azione reale (*rei vindicatio*), per mezzo della quale potevano ricuperare dalle mani di qualunque possessore la cosa che loro era stata lasciata in legato, e di cui erasi loro tresferita la proprietà per effetto del legato (6). Ben inteso che non ostante la generalità de'termini della costituzione di Giustiniano, quest'azione avrà luogo unicamente nel caso che sia stato possibile di trasferir la proprietà per effetto del semplice legato (pag. 418), Se si tratta di uno smembramento della proprietà, usufrutto, o servitù, l'azione reale è allora l'*actio confessoria* (pag. 283).

2. L'azione personale detta *actio*, o *condictio ex testamento* (7), o semplicemente *actio legati* (8), la quale si dà contro l'erede incaricato del legato per ottenere la prestazione, alla quale è personalmente obbligato.

3. In fine l'azione ipotecaria (*hypotecaria actio*) risultante dal diritto di pegno o ipoteca legale, che Giustiniano dà al legatario per garentia del suo legato sulle cose ereditarie pervenute alla persona gravata del legato (9).

Nel caso particolare che la prestazione del legato non può richiedersi immediatamente, cioè se il legato è a termine (*a die*), o sotto condizione (*sub conditione*), o se essendo puro e semplice, vi sia un impedimento all' immediato rilascio, per esempio, una contestazione, il pretore per garentire in questo mezzo al legatario la conservazione de'suoi diritti, ha introdotto in suo favore una facoltà speciale. Egli ha il diritto di domandare che colui il quale è incaricato del legato gli dia una *satisdazione*, cioè una sicurtà per via di fidejussori, per la conservazione del legato (*legatorum seu fideicommissorum servandorum causa cautio*) (10), e se non si dà questa sicurtà, il legatario è messo in possesso de'beni del defunto (11).

L'erede dall'altro lato può avere in materia di legati diversi diritti a far valere, ed a questo fine varii mezzi, la cui esposi-

(1) *C. 6, 51, De cad. toll. 1, § 1, const. Justin.*

(2) *D. 22, 6, D. jur et fac ign.* 1, § 4, f. Paul.

(3) *Ulp. Reg. 24, § 31.* Le possibilità di caducità erano modificate in più od in meno, dacchè nel frattempo, potevano nascer e morire de'figli, i celibatarii maritarsi, e i coniugati vedovare.

(4) *C. 6, 51, De cad. toll. 1, § 1.*

(5) *C. 6, 52. De his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt.*

(6) *C. 6. 43. 1.; e 3. § 2. const. Justin,*

(7) *D. 30. 1. 69. § 5. f. Gai.; e 82. p. f. Jul.—32. 3. 29. § 3. f. Lab.* (8) *D. 35. 2. 75. f. Marcel.*

(9) *C. 6. 43. 1. const. Justin.*

(10) D. 36. 3. *Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur.* — C. 6. 54.

(11) D. 36. 4. *Ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse, liceat.* C. 6. 54.

zione particolare e minuta ci menerebbe troppo per le lunghe.

Così per ottenere la quarta che la legge Falcidia gli attribuisce, egli ha l'eccezione del dolo (*doli mali*) contro l'azione del legatario per tutto quello di cui il legato debb'essere scemato (1). E se il legato trovasi di già in possesso del legatario, l'erede può avere, secondo i casi, o una *rei vindicatio*, o un' *actio ad exhibendum*, o una *condictio indebiti*, o un' *actio in factum* (2).

Vi è eziandio un caso particolare che merita d' esser notato: se il legatario facendosi giustizia da se medesimo si fosse di propria autorità messo in possesso del legato, il pretore dava all'erede un interdetto volgarmente chiamato, secondo che ci dice Ulpiano, l' interdetto *quod legatorum*, lo scopo del quale era di costringegere il legatario alla restituzione (*ut quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupaverit, id restituat heredi* (3).

Riguardo a' fedecommessi, i fedecommessarii non aveano altra volta per ottenere il rilascio che un ricorso straordinario al console, o al pretore specialmente incaricato di questa materia con la missione d'interporre la sua autorità, e di fare osservare i fedecommessi (4): ma sotto Giustiniano, se si tratta di cose particolari, il fedecommessario ha le medesime azioni che il legatario, e se si tratta di eredità fedecommessaria egli, ha una specie di petizione di eredità, che è stata accomodata al suo diritto: *fideicommissaria hereditatis petitio* (5); e l'azione utile di divisione (*utilis familiae erciscundae*) (6).

(1) *D. 35. 2. 16. f. Scaev.*
(2) *D. 35. 2. 26. f. Scaev. 10. 4. 5. § 1. f. Ulp.— 35. 2. 1. § 11. f. Paul. — C. 6. 50. 1. const. Sever. et Anton. e 9. const. Gord.— 31. 2. 77. § 2. f. Pap.*
(3) D. *43. 3. Quod legatorum 1. 1.* Ulp. — Cod. 8. 3. *Quod legatorum.*
(4) *Gai. 2. 278.*
(5) *D. 5. 6.*
(6) *D. 10. 2. 24. § 1. f. Ulp. — 10. 1. f. Gai.*

REASSUNTO DEL LIBRO SECONDO

(TITOLO XX. A XXV.) — LEGATI — FEDECOMMESSI — CODICILLI

DE' LEGATI — LORO NATURA.

Il legato, la cui etimologia è *legare, legem testamenti dicere*, è definito nelle Istituzioni: *una specie di donazione lasciata da un defunto.* — La parola donazione (*dono datio*) non deve intendersi nel senso che il legato operi sempre una *datio*, cioè un trasferimento di proprietà, poichè può intervenire ch' esso conferisca de' semplici diritti di credito; ma bisogna intenderla nel senso generale di liberalità: in fatti la liberalità, il dono è un carattere essenziale ed indispensabile del legato.

Il legato in dritto romano è grandemente distinto e separato dall' istituzione di erede. L' istituzione ha per oggetto di far passare la persona giuridica del defunto sull'istituito; il legato conferisce solamente de'diritti di proprietà, di servitù, od altri diritti reali, ovvero de'diritti di obbligazione. L'erede è il continuatore della persona; il legatario non è altro che un acquirente di beni, o di credito.

Un altro carattere essenziale del legato nel vero diritto romano è, che il legato è una legge (*lex, legatum*) imposta dal testatore all' erede istituito. Differendo in ciò radicalmente dalle altre disposizioni, che avrebber potuto esser confidate dal defunto alla buona fede o del suo successore o di altra persona, senza far legge per queste tali persone, e che per tal ragione si addomandavano fedecommessi (*fideicommissa*).

La materia de' legati che nel dritto romano, stando la Repubblica, fu secondo questi principii rigorosamente trattata, dopo alcune attenuazioni sotto gl'imperatori, è in tutto modificata, e snaturata da Giustiniano. I legati ed i fedecommessi sono assomigliati, e fusi insieme, e queste due materie sono ancora esposte separatamente nelle istituzioni per sola cagione di maggior chiarezza, e per una certa storica ricordanza. Vi sono eziandio de' casi in cui il legatario ottiene in parte, e sino ad un certo punto la continuazione della persona del defunto.

COME PUÒ FARSI IL LEGATO.

Il legato anticamente si poteva fare solo nel caso di eredità testamentaria, nel testamento medesimo, e dopo l'istituzione; perciocchè egli è necessario che il testatore crei un erede innanzi che gli possa imporre una legge. Sotto Augusto esso può farsi per via di codicilli connessi con un testamento. Sotto Giustiniano poco importa il suo posto sia innanzi, sia dopo l'istituzione. Esso può eziandio ever luogo nel caso di eredità *ab intestato*, quantunque non vi sia alcun testamento, perchè allora esso vale come fedecommesso.

Una volta le parole eran consacrate. Senza le formole giuridiche del diritto civile (*civilia verba*), la disposizione non sarebbe stata una legge per l'erede, cioè un legato, e la differenza delle formole adoperate attribuiva a' legati una natura, una estensione, e degli effetti al tutto differenti (*legata per vindicationem*; *per damnationem*; *sinendi modo*; *per praeceptionem*). Siffatta distinzione de' legati modificata successivamente dal S. C. Neroniano, dalle costituzioni di Costantino II., di Costanzo, e di Costante che abolirono le formole sacramentali, è in tutto tolto via da Giustiniano: qualunque sieno i termini del testatore, i legati avranno tutti la medesima natura generale, e produrranno i medesimi effetti, almeno per quanto la cosa legata il comporti.

(*Dies cedit, dies venit*) — REGOLA CATONIANA.

Due principii fondamentali dominano nella materia de'legati, ed esercitano la la loro influenza sopra un gran numero di quistioni riguardanti o le persone, o le cose, o gli effetti e la validità de' legati: bisogna dunque porre innanzi tutto la loro esposizione.

Il primo di siffatti principî sta nelle regole sul *dies cedit* ed il *dies venit*, locuzioni generali e figurate, le quali si possono applicare ad ogni acquisto di diritti, e segnatamente alle obbligazioni. Quì, in materia di legati la prima *dies cedit*, significa che il diritto eventuale al legato è fissato a vantaggio del legatario, e che la scadenza comincia ad avvicinarsi; la seconda *dies venit*, la quale raramente s'incontra ne'testi adoperata spezialmente pe'legati, ma ha una significazione generale, indica che la scadenza, l'esigibilità è venuta.

Il *dies cedit* ha luogo pe' legati puri e semplici, o a termine certo al giorno della morte.

Questa regola era stata modificata dalla legge *Papia Poppaea*, che avea differita l'epoca del *dies cedit* fino all'apertura delle tavole del testamento (*ex apertis tabulis*); ma Giustiniano ritorna al diritto primitivo.

Pei legati condizionali, o a termine equivalente ad una condizione, cioè a dire a termine incerto, il *dies cedit* ha luogo quando la condizione si è adempiuta.

Quanto al *dies venit*, esso ha luogo dopo l'adizione, ed oltre a questo, allorchè il termine è giunto o la condizione è adempiuta, se il legato sia a termine o condizionale.

È errore il credere che il *dies cedit* abbia importanza ed effetto unicamente riguardo alla trasmissibilità del diritto agli eredi del legatario: esso è importante, ed ha effetto:

1° Sulla determinazione delle persone, dalle quali il legato sarà acquistato:

2° Sulle cose, delle quali il legato si compone; essendochè al *dies cedit* si fissa il diritto, tanto relativamente alle persone, quanto relativamente alle cose;

3° Sulla trasmissione del diritto: il quale effetto può tuttavia non aver luogo, se il legato ha per oggetto un diritto non trasmessibile per sua natura;

4° Finalmente in alcuni casi sulla perdita, o conservazione medesima del diritto legato.

Vi ha certi casi particolari, ne'quali la determinazione del *dies cedit* si allontana dalle regole generali, e richiede una speciale attenzione. Noi citeremo: 1° il legato fatto allo schiavo del testatore; 2° il legato di usufrutto, di uso, di abitazione, o altri diritti esclusivamente personali.

Il secondo principio sta nella *regola Catoniana*, così detta perchè fu definitivamente formolata da Catone il Vecchio o forse dal suo figliuolo.

Questa regola vuole che ogni legato che sarebbe stato nullo, se il testatore fosse morto subito dopo la formazione del testamento, non possa valere, qualunque sia il tempo in cui la morte del testatore sia avvenuta, e qualunque sieno gli avvenimenti sopravvenuti dopo la formazione del testamento fino alla morte: di tal che per giudicare della validità d'un legato, sia mestieri di supporre il testatore morto subito dopo fatto il testamento, e vedere, se in questa ipotesi il legato sarebbe stato valido.

La regola Catoniana per la sua medesima natura non è applicabile nè ai legati condizionali, nè a tutti quelli, pei quali il *dies cedit* non ha luogo alla morte del testatore.

Essa parimente non è fatta per le istituzioni di erede, le quali sono per verità soggette alle medesime conseguenze, ma per vigore di altri principî.

PERSONE CHE FIGURANO NE' LEGATI: DA CHI; A CARICO DI CHI; ED A CHI SI PUÒ LASCIARE IN LEGATO.

Quegli solamente poteva fare un legato, il quale aveva la fazione di testamento; e di più, anticamente, solo colui che testava, poichè non vi poteva esser legato fuori dell'eredità testamentaria.

Similmente, anticamente, poteva lasciarsi un legato solamente a carico dell'erede istituito: così non si poteva legare nè a carico d'un legatario (*a legatario legari non potest*), nè a carico dell' erede *ab intestato*. In fatti il testatore non poteva imporre una legge (*legatum*) se non a colui ch'egli medesimo creava suo erede, cioè continuatore della sua persona.

Questi due punti sono compiutamente modificati sotto Giustiniano, perciocchè la disposizione varrà sempre come fedecommesso.

In fine non si può lasciare in legato se non a coloro coi quali si ha la fazione di testamento. Bisogna dunque riportarsi a quello che di già si è detto su questo proposito, parlando delle istituzioni di erede, ed alle innovazioni di Giustiniano relativamente alle persone incerte ed ai postumi.

Non si può legar puramente, e semplicemente allo schiavo del padrone istituito, ma si può al padrone dello schiavo istituito; si può parimenti tanto nel primo che nel secondo caso, ove si tratti di legato condizionale: questa differenza si spiega combinando i principî sul *dies cedit* con quelli della regola Catoniana.

OGGETTI DE' LEGATI; COSE CHE POSSONO ESSER LASCIATE IN LEGATO.

Si può lasciare in legato:

La cosa del testatore, quella dell'erede o di altri, purchè il testatore abbia saputo la cosa esser d'altri. Ben inteso che in quest'ultimo caso il legato conferisce non la proprietà, poichè il testatore non l'aveva, ma sibbene un diritto di credito, un'azione contro l' erede, perchè questi dia la cosa ovvero la sua valuta;

Le cose che attualmente esistono, o le future, purchè vi sia la possibilità che esistano nell' avvenire;

Le cose corporali, o incorporali, o dei fatti, degli atti che l'erede può esser condannato a fare, o a soffrire, o a non fare.

Tra i legati di cose incorporali sono da notare: i legati di usufrutto, di servitù, di liberazione (*legatum liberationis*), di credito (*legatum nominis*). Questi due ultimi son dominati dalla regola che in diritto romano un' obbligazione non può altrimenti estinguersi, che ne' modi giuridici, in cui siffatto legame si discioglie e non può esser trasferita, neppur consentendo le parti, da una persona all'altra.

Adunque il legato di liberazione non opera l'estinzione, nè il legato di credito il trasferimento dell' obbligazione; il legatario non può pervenire ad ottenere il benefizio che il testatore ha voluto procurargli, se non per via di eccezioni, o di azioni contro l'erede.

Le cose legate possono essere o determinate nel loro individuo (*in specie*) o, determinate solamente quanto al loro genere (*in genere*). Sotto quest' ultimo rispetto si dee ben distinguere ciò che i romani chiamano il legato di genere (*legatum generis*) dal legato d'ozione (*legatum optionis*), e notare le importanti modificazioni arrecate da Giustiniano a quest' ultimo legato. Esse possono essere o cose particolari (*res singularis*), o cose d'aggregazione, d'universalità (*universitas*) come un gregge, un peculio, un fondo fornito de' suoi strumenti) *si grex*, *si peculium*, *si fundus instructus*, *vel cum instrumento legatur*). (Ved. su queste divisioni delle cose la nostra *Esposiz. Gener. num.* 47 e 48).

Da ultimo il legato può essere ancora d'una quota dell'eredità. Cosiffatto legato addomandasi *partitio*, ed il legatario *legatarius partiarius*. Nei principî del vero diritto romano il legatario essendo un semplice acquirente di beni, o di crediti, e non già un continuatore della persona giuridica, non succedeva, anche in questo caso, ad alcuna azione attiva, o passiva. L' erede, ed il legatario parziario non altrimenti pervenivano a regolare tutti i loro diritti, a farsi rispettivamente ragione, che col mezzo di reciproche stipulazioni dette *stipulationes partis, et pro parte*, sul guadagno, o la perdita risultante da' crediti e debiti ereditarî da dividersi propor-

zionatamente tra loro (*de lucro et damno pro rata parte communicando*). Sotto giustiniano siffatto legato si confonde col fedecommesso d'eredità, e le azioni attive o passive si dividono di pieno diritto tra l'erede ed il legatario parziario. Il legatario ha per la sua parte, e fino ad un certo punto la continuazione della persona.

Non possono lasciarsi in legato: lo cose che non sono in commercio ; nè i fatti illeciti; nè la cosa che già appartiene al legatario; donde la conseguenza che non gli si può lasciare ciò che gli è dovuto a titolo di credito, salvochè il legato non gli sia per qualche riguardo più vantaggioso che il credito.

PERDITA, ACCRESCIMENTO, O DIMINUZIONE DELLA COSA LEGATA.

I principî sul *dies cedit* regolano, e fan chiara tutta questa materia ; poichè i diritti eventuali del legatario si fissano sulla cosa tal quale essa è al tempo del *dies cedit*.

Se la cosa legata perisce, vivendo il testatore, o per accidente, o pel fatto di chicchesia, il legato svanisce, perchè non ha più oggetto. Esso non sussiste neppure per ciò che ne rimane, o che è accessorio della cosa ; essendocchè la perdita dell'oggetto principale trae con se l'estinzione del legato anche riguardo agli accessorî.

Ma è diversamente se si tratti di oggetti distinti, ed aventi ciascuno la propria individualità; l'uomo a questo riguardo non è mai considerato l'accessorio di un'altro, nè il figliuolo l'accessorio della madre, nè il vicario l'accessorio dello schiavo ordinario.

Se la cosa perisce dopo la morte del testatore per colpa, o anche pel semplice fatto dell'erede, questo dee un' indennità al legatario. Ma se la perdita è avvenuta senza suo fatto, è tutta a danno di costui. Nondimeno se la perdita è sopravvenuta dopo il *dies cedit*, i diritti del legatario sussistono sugli avanzi, o accessorii della cosa.

Se si tratti di una cosa di aggregazione, di universalità, per esempio di un gregge, d'un peculio, bisogna prenderla tal quale si trovava al *dies cedit*: per conseguenza gli oggetti che di poi per avventura vi fossero aggiunti, non vi sono compresi. A questo riguardo è da distinguere tra il legato del peculio fatto allo schiavo del testatore, e quello fatto ad un estraneo, perchè il *dies cedit* non ha luogo al medesimo tempo pei due casi. Ben inteso che l' accrescimento sopravvenuto come prodotto o effetto delle cose medesime vi è sempre compreso.

MODALITÀ DE' LEGATI.

Intendonsi per modalità di un diritto le modificazioni, che cadono sulla sua medesima esistenza, sull'estensione, sul esecuzione, e che costituiscono per questo diritto altrettante diverse maniere di essere. La condizione (*conditio*), il modo propriamente detto (*modus*), cioè la destinatione dell'oggetto legato indicata al legatario, ed il termine (*dies*) sono altrettante modalità de' legati. Notate, a riguardo della condizione la cauzione Muziana (*Muciana cautio*), la quale si applica così a'legati, come alle eredità. A riguardo del modo (*modus*), le differenze che lo dividono dalla condizione, essendochè quello non sospende, come questa, l' effetto della disposizione, Finalmente riguardo al termine, quella regola comune a'legati ed alle eredità : *dies incertus conditionem in testamento facit*. Il legato fatto con somigliante termine «Dopo la morte, o la vigilia della morte dell'erede, o del legatario »era inutile; ma con questo: « Quando il mio erede, o quando il legatario morrà » era valido. Giustiniano toglie via queste sottili distinzioni. La disposizione in questi diversi casi sarà ugualmente valida.

Il legato a titolo di pena (*poenae nomine legatum*) è una specie particolare di legato condizionale : la condizione è imposta non già al legatario, al quale è fatta la liberalità, ma all' erede, a colui che dovrà eseguire la disposizione, e che ne è gravato, pel caso che non obbedirà alla condizione, cosicchè siffatto legato gli è imposto per punirlo di non aver adempiuta la condizione, ed è come un mezzo di costringimento. Siffatta disposizione altra volta era inutile ; ma Giustiniano la dichiara valida. Essa differisce sempre dal legato condizionale ordinario, in quanto che quì la condizione impossibile o illecita non è reputata non iscritta, ma per contrario annulla il legato.

Si vuol bene avvertire a non confondere le modalità con ciò che dicesi: 1. la *dimostrazione*; 2. la *determinazione*, o limitazione; 3. la *causa*. Lo scopo della dimostrazione è di mostrare, di meglio indicare o la persona alla quale si lascia, o la cosa che è lasciata in legato: applicate quì

la regola: *falsa demonstratio legatum non perimit*. Lo scopo della determinazione, o limitazione è di seguire i confini, i limiti entro a'quali la persona, a cui il testatore ha voluto legare, o la cosa, che ha voluto lasciare in legato, debbono esser ristrette; fuori di questi non vi è più volontà del testatore. Da ultimo in quanto all'indicazione della *causa*, cioè del motivo che ha potuto indurre il testatore a fare il legato, vi è ancora questa regola generale: *Neque ex falsa causa legatum infirmatur*.

INVALIDAMENTO, RIVOCAZIONE, TRASFERIMENTO DE' LEGATI.

Rimanendo valido il testamento, può intervenire che il tale o tal altro legato sia invalidato o dal principio, o di poi. Questa materia, per rispetto a' legati ha grande analogia, quantunque con qualche lieve diversità, con la stessa materia per rispetto a' testamenti.

Ciò posto può intervenire:

1° Che il legato sia nullo dal principio, perchè manchi o nella persona del legatario, o nell'oggetto, o nella forma, o in altro, di qualcuna delle condizioni giuridiche indispensabili alla sua validità. Esso allora è *nullum ab initio, pro non scripto, inutile*.

2° Che il legato quantunque valido al tempo della formazione, svanisca per difetto di oggetto; p. e. se innanzi al *dies cedit* la cosa legata venga a perire, ad esser messa fuori commercio; se il testatore si faccia pagare il credito lasciato in legato.

3° Che il testatore muti volontà; ed in conseguenza rivochi il legato (*adimere legatum, ademptio*); ovvero lo trasferisca ad altra persona (*transferre legatum, translatio*); il che comprende nel tempo medesimo rivocazione da una parte, e nuovo legato dall'altra. La rivocazione (*ademptio*) può non solamente essere espressa, ma risultare eziandio da certi fatti: per esempio se il testatore cancelli la disposizione (*inducere quod scriptum est*), se alieni la cosa legata.

4° Che il legatario manchi al suo legato (*deficere*). La qual mancanza può aver luogo o perchè il legatario si muoia, o perda la fazione di testamento prima del *dies cedit*, o perchè rifiuti il legato (*legatum destitutum*).

5° Da ultimo che il legato quantunque valido in origine, e fissato a vantaggio del legatario all' epoca del *dies cedit*, gli sia tolto per cagione d'indegnità (*ereptorium*, o *ereptitium; quae ut indignis eripiuntur*).

Ed oltre a ciò si dee avvertire che la sorte de' legati è connessa con quella dell' istituzione di erede, e che se il testamento è invalidato per qualsivoglia cagione (*ruptum, irritum, o destitutum*), i legati ugualmente sono invalidati.

Fuori delle regole generali del diritto civile, le leggi Julia e Papia Poppaea aveano introdotto delle cagioni di speziali incapacità di ricevere contro i celibi (*caelibes*), e i cittadini senza figliuoli (*orbi*), come delle occasioni di decadenza per le liberalità testamentarie. Le disposizioni, o istituzioni di erede, o legati, le quali quantunque valide, secondo il diritto civile, erano così colpite di decadenza per le leggi Julia e Papia Poppaea si addomandarono *caduca*, e quelle che ad esse furono assomigliate, *in causa caduci*. Giustiniano toglie via e l'una cosa e l'altra. Ma le parole di *caducità*, o *disposizioni caduche* forviate dalla loro origine storica son passate ne' comentatori, e nel linguaggio del diritto moderno con una significazione generale e come applicabili a tutte quelle disposizioni, le quali essendo valide da principio, cadono di poi per la perdita della cosa, o pel venir meno del legatario (Codice civile articolo 1039 a 1045) (1). Ma questo non è il senso in cui sono adoperate nel diritto romano.

DIRITTO DI ACCRESCIMENTO TRA I COLLEGATARII.

Un legato invalidato per qualsivoglia ragione o dall'origine, o di poi, per regola generale, torna a guadagno di colui che n'era gravato: non pertanto delle particolari circostanze possono trasferire ad altri il profitto di cotale invalidamento, come sarebbe a dire il diritto di accrescimento tra i collegatarî, ed il *jus caduca vindicandi* della legge Papia Poppaea.

Si addomandano collegatarî (*collegatarii*) in generale tutti coloro a' quali una medesima cosa è stata legata in un medesimo testamento. I romani distinguono due modi, ne' quali questo può avvenire: o congiuntamente (*conjunctim*), se il legato si contiene in una sola e medesima disposizione; o disgiuntamente (*disjunctim*), se vi sono nel testamento altrettante disposizioni separate, quanti sono

(1) Artic. 994 a 998 delle nostre leggi civili.

i legatarî. Più tardi sotto la legge Papia Poppaea si attribuisce eziandio un certo effetto al caso in cui la medesima cosa sia stata legata a più persone, ma con assegnazione di parti per ciascuna, la qual cosa dà luogo alla triplice divisione indicata da Paolo, di congiunti *re tantum*, *o re et verbis*, *o verbis tantum*, quantunque in quest'ultimo caso i legatarii non siano effettualmente in alcun modo collegatarii.

Riguardo al diritto di accrescimento tra collegatarii, si dee accuratamente distinguere tre epoche: 1° l'epoca della distinzione de' legati in quattro classi, ma anteriormente alla legge Papia Poppaea; qui la quistione è da esaminarsi rigorosamente dalle conseguenze medesime de' termini della formola; aggiugnendovi questo principio giuridico che i crediti (*nomina*), da che si trovano attribuiti in comune a più persone, si dividono di pieno diritto per la loro sola natura; il che non ha luogo pei diritti di proprietà. 2° L'epoca della legge Julia e Papia Poppaea. Quì si vuol ben distinguere dal diritto di accrescimento il *jus caduca vindicandi*, introdotto da queste leggi riguardo ai *caduca* o alle disposizioni che ad essi sono assomigliate, e notare attentamente l'ordine, nel quale è attribuito il diritto di rivendicare le cose caduche, diritto che più tardi da Caracalla per intero è attribuito al fisco. 3° Da ultimo l'epoca di Giustiniano, il quale sopprimendo le quattro classi di legati, ed i *caduca*, e le disposizioni *in causa caduci*, forma nondimeno un sistema di fusione, nel quale in mezzo alle nuove disposizioni si riconoscono le tracce di ciascuno de' precedenti sistemi.

DELLA LEGGE FALCIDIA.

La legge Falcidia vieta che i legati oltrepassino i tre quarti de' beni ereditarî. In conseguenza dee sempre rimanere all'erede almeno un quarto, altrimenti egli ha diritto di ridurre i legati fino alla debita concorrenza: e questo dai romani addomandasi la quarta (*quarta*), o semplicemente la Falcidia (*Falcidia*).

Se vi ha più eredi, si tien ragione di ciascuno di essi isolatamente, facendo astrazione dagli altri, in guisa che ciascuno si abbia la quarta della sua porzione.

Per fare il calcolo, si dee considerare il patrimonio tal quale era nel momento della morte, e fatta astrazione dagli accrescimenti o diminuzioni sopravvenute di poi.

La legge Falcidia ebbe per iscopo di prevenire l'abbandono de' testamenti, che gli eredi soverchiamenti gravati di legati non avrebber mancato di fare, e che avrebbe fatto cader con essi tutte le altre disposizioni. Il benefizio di questa legge fu col tempo, e successivamente esteso ad altre materie, per le quali la legge Falcidia non era stata fatta: alle eredità fedecommessarie, ai fedecommessi anche *ab intestato*, alle donazioni a causa di morte, alle donazioni tra conjugi, e da ultimo nella querela di testamento inofficioso, dove ha ingenerato la teorica della porzione legittima.

FEDECOMMESSI.

Un fedecommesso nel senso più generale è una disposizione di bene, alla quale manca qualcuna delle condizioni necessarie, secondo il diritto civile, per costituire una istituzione di erede o un legato, e della quale il defunto incarica il suo erede sia testamentario, sia *ab intestato*, o qualunque altra persona, a cui lascia qualche cosa.

Queste disposizioni, da principio mancando del carattere obbligatorio del diritto civile, hanno la forma di preghiere, e son confidate alla buona fede del gravato (*fideicommissa*). Sotto Augusto cominciano ad essere obbligatorie, e può per via straordinaria domandarsene giudizialmente l'esecuzione (*persecutio*).

I fedecommessi corrispondono in certa guisa alle istituzioni di erede, o ai legati. Alle istituzioni di erede, allorchè hanno per oggetto tutt'altro che una quota parte dell'eredità: per esempio una cosa determinata sia nel suo genere, sia nella sua specie, la libertà, o anche una cosa di universalità, come sarebbe un gregge, un peculio, etc. (*fideicommissum singulae rei*).

La materia de' fedecommessi non è regolata da' principî rigorosi del diritto civile, ma da questa massima, che essi emanano dalla volontà del defunto; e però dalla intenzione di lui debbono attinger la loro forza.

Secondo il diritto civile l'erede incaricato per fedecommesso di restituire tutta o parte dell'eredità (l'erede fiduciario, *heres fiduciarius*) non resta meno erede, egli solo continua la persona giuridica del defunto; quegli al quale si fa la restituzione (il fedecommissario, *fideicommissarius*) rimane estraneo a questa persona.

Per rimediare agl'inconvenienti di questa posizione, e per obbligare a tenersi

INDICE DEL PRIMO VOLUME

PARTE SECONDA

DE' DIRITTI E DELLE AZIONI

LIBRO PRIMO

LIBRO SECONDO

Fine dell' indice del Volume primo

ERRATA

Pag. 357 — Dove dice: anno di Roma 686 — leggi: 573 data della legge Cornelia *de falsis*.

CONSIGLIO GENERALE DI PUBBLICA ISTRUZIONE

Vista la domanda del Tipografo Pasquale Androsio, con la quale ha chiesto di porre a stampa l'opera di diritto del signor Ortolan intitolata: *Spiegazione storica delle Istituzioni di Giustiniano*.

Visto il parere del Regio Revisore sig. D. Placido de Luca.

Si permette che l'indicata opera si stampi, ma non si pubblichi senza un secondo permesso che non si darà se prima lo stesso Regio Revisore non avrà attestato di aver riconosciuto nel confronto esser l'impressione uniforme all'originale approvato.

Il Presidente — Capomazzo
Il Segretario — Giuseppe Pietrocola



